Vorgänge zwischen Gläubiger und Hauptschuldner in ihrer Bedeutung für das Verhältnis Gläubiger — Bürge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Alois Maisenhälder
Gerichtsassessor aus Heilbronn a. N.

1939

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Professor Dr. Eißer

2. Berichterstatter: Professor Dr. Feine

Tag der mündlichen Prüfung: 10. März 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1: Ziel und Aufbau der Arbeit 1

Erster Abschnitt: Die Bedeutung einer Bürgschaftserklärung mit nicht völlig bestimmtem oder einschränkendem Inhalt.

§ 2: Bürgschaftserklärung mit nicht völlig bestimmtem Inhalt 4

§ 3: Bürgschaftsübernahme unter Hinzufügung von Beschränkungen 10

Zweiter Abschnitt: Vorgänge, die eine Änderung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bewirken.

I. Rechtsgeschäftliche Änderung des Schuldverhältnisses.

§ 4: Allgemeines 15

§ 5: Abänderung des Schuldverhältnisses durch Gewährung von Stundung 17

§ 6: Abänderung des Schuldverhältnisses durch Vergleich 24

II. Änderung des Schuldverhältnisses auf Grund von Einzelgesetzen.

§ 7: Allgemeines. Kriegsnotrecht, Aufwertungsrecht . 29

§ 8: Änderung von Schuldverhältnissen im Konkurs-, Vergleichs- und landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahren. Anhang: Der Einfluß des Reichserbhofgesetzes auf die Stellung des Bürgen . . 32

III. Änderung des Schuldverhältnisses durch Verletzung des Forderungsrechts.

§ 9: Unmöglichwerden der Leistung. Verzug des Schuldners u. positive Vertragsverletzung im allgemeinen. Anhang: Verzug des Gläubigers 39

§ 10: Insbesondere die vom Bürgen selbst verschuldete Unmöglichkeit der Leistung 42

Dritter Abschnitt: Vorgänge, die das Erlöschen des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bewirken.

§ 11: Erlöschen der Hauptschuld auf Grund der im BGB. geregelten Erlöschensgründe.
Anhang: Schuldübernahme, Forderungsabtretung . 46

§ 12: Erlöschen der Hauptschuld infolge sonstiger Gründe; insbesondere die Bedeutung des Untergangs einer juristischen Person 51

§ 13: Wegfallen des Schuldverhältnisses infolge Anfechtung, vertraglicher Aufhebung oder Rücktritts . 58

Einleitung.

§ 1.

Ziel und Aufbau der Arbeit.

I. Der Abschluß eines Bürgschaftsvertrags schafft besondere rechtliche Beziehungen zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen, und dem Hauptschuldner und dem Bürgen, die zu dem durch die Hauptschuld begründeten Rechtsverhältnis hinzutreten. Die Vorschriften des 18. Titels des BGB. befassen sich in der Hauptsache nur mit dem Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger. Das BGB. weist dem Bürgen dem Gläubiger gegenüber seine Stellung zu, indem es in den §§ 765, 767 I und 768 I S. 1 den Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung in Einzelbestimmungen niederlegt. Was dieser Grundsatz besagt, ist treffend in der Definition, die Reichel[1]) vom akzessorischen Schuldverhältnis gibt, gekennzeichnet. Danach ist das akzessorische Schuldverhältnis nichts anderes als ein mit einem Hauptschuldverhältnis unselbständig verknüpftes „Nebenverhältnis, ein Schuldverhältnis also, das seinen Zweck ausschließlich in jenem andern Schuldverhältnis findet, dessen Durchsetzung, Sicherung oder Erleichterung es dienen soll und dessen jeweiliger Gestaltung es sich demzufolge allenthalben und in jedem Augenblick anpaßt". Im § 770 trifft dann das BGB. eine weitere für die Stellung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger wichtige Bestimmung, die ebenfalls den starken Einfluß aufzeigt, den das Schicksal der Hauptschuld, also das Verhältnis Gläubiger — Hauptschuldner, für das Verhältnis Gläubiger — Bürge hat. Die genannten Bestimmungen geben im Einzelfall ziemlich lückenlos Antwort auf Fragen, die hinsichtlich der Voraus-

1) Reichel, Schuldmitübernahme S. 41; ähnlich die Definition von Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 54.

setzungen und des Umfangs der Bürgschaftsverpflichtung aufgeworfen werden können; sie vermitteln aber kein zusammenhängendes Bild davon, wie die Stellung, die der Bürge dem Gläubiger gegenüber einnimmt, vom Schicksal der Hauptschuld beeinflußt und im einzelnen durch typische Vorgänge zwischen Hauptschuldner und Gläubiger gestaltet wird. Eine derartige zusammenhängende Darstellung der Stellung des Bürgen zu geben und dabei auf die in vielen Einzelfragen bestehenden Meinungsverschiedenheiten einzugehen, hat sich die vorliegende Arbeit zum Ziele gesteckt. Erwägungen lediglich theoretischer Art über das Wesen der Bürgenhaftung werden dabei nicht angestellt.

II. Die zu erörternden Vorgänge können die Begründung, die Änderung oder die Beendigung von rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner betreffen. Daß die B e g r ü n d u n g eines Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner Gegenstand der Untersuchungen sein könne, erscheint zunächst ausgeschlossen, da Bürgschaften doch für bereits bestehende Verpflichtungen übernommen zu werden pflegen, und sich Art und Umfang der Bürgschaftsverpflichtung dann eben nach dem Bestand der Hauptschuld im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme richten. Es ist jedoch an die Fälle zu denken, in denen eine Bürgschaft nicht für eine genau bestimmte Schuld, sondern vielmehr allgemein für nicht vollständig bestimmte Schulden, oder zwar für eine bestimmte Schuld, aber unter Beifügung einer Beschränkung übernommen wird. Hier tritt im ersten Fall, wenn nach Übernahme der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Schuldner eine Schuld begründet wird, jeweils die Frage auf, ob sie von der Bürgschaftserklärung umfaßt wird, ob also gegebenenfalls der Bürge für ihre Erfüllung einstehen muß. Im zweiten Fall erhebt sich die Frage, inwieweit im einzelnen Fall eine getroffene Beschränkung sich zu Gunsten des Bürgen auswirken kann. Damit ist aber der Zusammenhang mit dem Thema der Arbeit gegeben. Es handelt sich hier also, anders gewendet, um die Frage, wie weit oder eng hinsichtlich der Bestimmung der Hauptschuld eine Bürgschaftserklärung, die wirksam sein soll, gefaßt sein kann. Diese Frage bildet den Gegenstand des ersten Abschnitts der Arbeit. — Diejenigen Vorgänge, die eine Änderung

in der Hauptschuld bewirken, werden im zweiten Abschnitt der Arbeit dargestellt werden; einzugehen ist dabei einmal auf Rechtsgeschäfte, die eine Änderung herbeiführen, sodann auf Änderungen, die in einzelnen gesetzlichen Bestimmungen ihren Grund haben (Kriegsnotrecht, Aufwertungsrecht, Konkurs-, Vergleichs-, landw. Entschuldungsverfahren, Erbhofrecht), und schließlich auf die Verletzung des Forderungsrechts durch Unmöglichkeit, Verzug und positive Vertragsverletzung. — Im dritten Abschnitt schließlich werden alle diejenigen Vorgänge behandelt werden, die ein Aufhören der rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner herbeiführen, sei es dadurch, daß das Schuldverhältnis infolge ordnungsmäßiger Abwicklung zum Erlöschen kommt, oder daß die Schuld übernommen oder die Forderung abgetreten wird, sei es dadurch, daß das bestehende Rechtsverhältnis sonstwie in Wegfall kommt.

Erster Abschnitt.

Die Bedeutung einer Bürgschaftserklärung mit nicht völlig bestimmtem oder einschränkendem Inhalt.

§ 2.

Bürgschaftserklärung mit nicht völlig bestimmtem Inhalt.

I. In den meisten Fällen wird eine Bürgschaft für eine bestimmte einzelne Schuld übernommen, die in ihrem Inhalt genau feststeht und deshalb bei der Bürgschaftsübernahme eindeutig bezeichnet werden kann. Diesem Regelfall gegenüber kommt als Besonderheit einmal der Fall in Frage, daß die Hauptschuld im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme im einzelnen noch nicht vollständig bestimmt ist. Die hier notwendig werdende Verallgemeinerung in der Bürgschaftserklärung kann dabei darin bestehen, daß noch keine feste Bestimmung getroffen wird über den Umfang der Hauptschuld oder auch über die Person des Gläubigers derselben. Auf der andern Seite kommt als Besonderheit der Fall vor, daß die Bürgschaft sich auf eine bestimmte Hauptschuld nicht in ganzem Umfang erstreckt; die vorkommenden Beschränkungen können den Umfang oder die Zeitdauer der Bürgenhaftung betreffen. Es gibt daneben freilich noch besondere Erscheinungsformen der Bürgschaft, bei denen ebenfalls eine Ausweitung oder Einengung der Bürgschaftsverpflichtung vorliegt, so einerseits die selbstschuldnerische Bürgschaft, andererseits die Nachbürgschaft, die Rückbürgschaft und die Ausfallsbürgschaft. Diese besonderen Arten der Bürgschaft unterscheiden sich von der normalen Bürgschaft jedoch nur bezüglich der Voraussetzungen, unter denen von dem Bürgen gehaftet wird, nicht aber weist die Bestimmung der Hauptschuld, für die gehaftet wird, Besonderheiten auf. Sie sind deshalb nicht Gegenstand der Behandlung.

II. Unbestimmte Höhe der Hauptschuld.

1. Soll für eine bereits begründete Verbindlichkeit eine Bürgschaft übernommen werden, so läßt sich der Inhalt der Hauptschuld und damit auch der Umfang der Bürgenhaftung meistens genau festlegen. Wenn die Bürgschaft für noch unbestimmte, besser gesagt, für noch nicht vollständig bestimmte Schulden übernommen wird, so handelt es sich deshalb in den meisten Fällen um künftige Verbindlichkeiten. Die Bürgschaftsübernahme für eine künftige Verbindlichkeit läßt das BGB. in § 765 II ausdrücklich zu.

Die Unbestimmtheit der Hauptschuld kann die Höhe einer Einzelschuld betreffen; sie kann aber auch darin liegen, daß die Bürgschaft für eine Mehrheit von Verbindlichkeiten übernommen wird, die als einzelne in der Bürgschaftserklärung nicht genannt sind und auch nicht genannt werden können, vielmehr nur allgemein bestimmt sind. Hauptfälle einer Bürgschaft der letztgenannten Art sind die Erscheinungen der Kreditbürgschaft und der Kontokorrentbürgschaft. Im ersteren Fall wird Bürgschaft geleistet für alle auf Grund eines laufenden Kredits von einem bestimmten Gläubiger einem bestimmten Schuldner gewährten Darlehen, im zweiten Fall für den aus einer Geschäftsverbindung mit gegenseitigen Leistungen sich ergebenden Saldo.

2. Daß es zulässig ist, für noch unbestimmte, aber bestimmbare, Verbindlichkeiten eine Bürgschaft zu übernehmen, ist in der Rechtsprechung[1]) und im Schrifttum[2]) häufig ausgesprochen worden. Dies erscheint denn auch selbstverständlich; es wurde deshalb schon bei der Beratung der zweiten Kommission eine von der ersten Kommission in den § 669 aufgenommene ausdrückliche Bestimmung, wonach die Bürgschaft auch für eine „unbestimmte Verbindlichkeit" übernommen werden könne, als unnötig gestrichen[3]). Nun ist die endgültige Bestimmung der Hauptschuld, für die Bürgschaft gelei-

---

1) JW. 1912, 465 Nr. 11; JW. 1912, 35 Nr, 22; Warn. Rspr. 1913 Nr. 289; IZ. 1912, 72 Nr. 29.

2) RGRK. 6 zu § 765; Oertmann 3 a zu § 765; Planck 10 zu § 765 (mit weiteren Angaben über das Schrifttum); Staub-Gadow 3 zu § 349 HGB.; Eccius, Gruch. 46, 57.

3) Mot. II, 659; Prot. II, 464.

stet wird, einfach, wenn es sich hierbei um eine einzehne Verbindlichkeit handelt, die schon begründet und nur ihrer Höhe nach noch nicht bestimmt, oder zwar noch nicht begründet, aber ihrer Art nach im voraus bestimmt ist; Zweifel, ob die Bürgschaft für eine so hinreichend bestimmte Verbindlichkeit übernommen wurde, daß sie wirksam ist, können hier wohl nie auftreten. Wird jedoch für eine Mehrheit von Verbindlichkeiten allgemein Bürgschaft übernommen, so liegt die Beantwortung der Frage, in welcher Weise die Zugehörigkeit einer Einzelverbindlichkeit zu dem Kreis der durch die Bürgschaft gesicherten Schulden im voraus bestimmt und dargetan sein muß, in welcher Allgemeinheit also äußerstenfalls die Bürgschaft wirksam übernommen werden kann, nicht ohne weiteres auf der Hand.

Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung vom 8. Februar 1912[4]) eine allgemeine Bürgschaft für alle Ansprüche einer Bank gegen einen bestimmten Schuldner, „sie mögen bereits entstanden sein oder erst entstehen, Haupt- oder Nebensachen betreffen und herrühren aus welchem Rechtsgrunde immer" für genügend bestimmt und deshalb wirksam erklärt, und zwar mit der Begründung, daß es genüge, wenn die abzuschließenden Rechtsgeschäfte oder zu begründenden Rechtsverhältnisse nur der allgemeinen Art nach im voraus bestimmt seien. Die notwendige artmäßige Bestimmung der Hauptschulden erblickte das Reichsgericht dabei in dem bankmäßigen Kontokorrentverkehr, der zwischen der Bank als Gläubigerin und dem Schuldner nach Maßgabe der für einen solchen von der Bank aufgestellten allgemeinen Bedingungen unterhalten wurde. Gegen diese Entscheidung wird im Schrifttum[5]) nirgends etwas eingewendet. In derselben Entscheidung lehnt es dann der erkennende Senat ausdrücklich ab, zu erörtern, ob „eine Bürgschaftserklärung für schlechthin alle möglichen Ansprüche eines Gläubigers an einen Schuldner auch dann als zulässig und gültig anzusehen wäre, wenn nicht wenigstens der allgemeine Inhalt der ins Auge gefaßten Schuldverhältnisse im Wege der Auslegung unter Zuhilfenahme von außerhalb der Bürgschaftserklärung liegenden festgestellten Tatsachen oder Erklärungen er-

4) JW. 1912, 465 Nr. 11.

5) s. das unter Anm. 2 zu diesem Paragraphen aufgeführte Schrifttum.

mittelt werden kann". Wenn das Reichsgericht mit der gewählten Formulierung andeuten wollte, daß eine so sehr verallgemeinerte Bürgschaftsübernahme als rechtlich wirksam denkbar sei, so könnte dem nicht gefolgt werden. Auf die Unzulässigkeit einer solchen Verbürgung wird verschiedentlich[6]) ausdrücklich hingewiesen. Crome macht zur Begründung zu treffend auf die Analogie zu § 310 aufmerksam. Mit dieser Ablehnung ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, welche Erfordernisse an die artmäßige Bestimmung der zu verbürgenden Verbindlichkeiten, allgemein gesehen, zu stellen sind, wenn die Wirksamkeit der Verbürgung gewährleistet sein soll.

Zu beachten ist, daß eine in so allgemeiner Weise übernommene Bürgschaft den Bürgen sehr gefährden kann, daß andererseits dem Interesse des Gläubigers an Sicherung seiner Forderungen durch möglichst eingehende Bezeichnung der zur Entstehung kommenden Verbindlichkeiten, die in jedem Falle unschwer möglich ist, Rechnung getragen werden kann. Man muß im Hinblick darauf bei der Stellungnahme zu der vorliegenden Frage, die ja auch in den dem Bürgschaftsrecht eigenartigen Interessenkonflikt Gläubigersicherung — Bürgenschonung aufzeigt, vom Gedanken der Bürgenschonung in erster Linie ausgehen und deshalb an die notwendige artmäßige Bestimmung der unter die Bürgschaft fallenden Verbindlichkeiten strenge Anforderungen stellen.

Wesentlich für die Beurteilung der Frage scheinen mir folgende Erwägungen zu sein: Wer im Begriff ist, sich für eine in ihrem Umfang genau bestimmte Schuld zu verbürgen, weiß von vorneherein, wie hoch das Risiko, das er auf sich nimmt, im äußersten Fall sich belaufen kann; er kann seine Entschließung, ob er die Bürgschaft auf sich nehmen will, demgemäß einrichten. Wer eine allgemeine Bürgschaft in der oben bezeichneten Art übernehmen will, hat diese genaue Kenntnis über den Umfang des einzugehenden Risikos nicht; immerhin läßt sich aber auch in diesem Fall der Bürge wohl immer von, wenn im einzelnen auch nicht bestimmten, Vorstellungen über den Umfang der zu erwartenden Verpflichtungen leiten. Der Umfang, der für den Bürgen in Betracht kommenden Verpflichtungen

6) Planck 10 zu § 765; Staub-Gadow 3 zu § 349 HGB.; Crome, Anm. 24 zu § 295.

ist aber abhängig von der Art und dem Umfang der zwischen Gläubiger und Schuldner zur Entstehung kommenden rechtlichen Beziehungen. Soll also vermieden werden, daß der Bürge eine das von ihm äußerstenfalls in Aussicht genommene Maß übersteigende Verpflichtung auf sich lädt, so ist es nötig, daß Art und Umfang der Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme ihm erkennbar und in etwa berechenbar sind; dies ist aber nur dann möglich, wenn über die Art der Rechtsbeziehungen, die zwischen den Hauptparteien entstehen sollen, eine feste Vereinbarung getroffen ist. Ist eine solche Vereinbarung über die Art der zwischen den Hauptparteien in Zukunft entstehenden Rechtsbeziehungen getroffen, so ist es damit dem Bürgen, der die Verhältnisse der Hauptparteien ja im allgemeinen kennt, möglich, auch den zu erwartenden Umfang der für seine Haftung in Frage kommenden Verpflichtungen ungefähr abzuschätzen. Bedenkt man nun, welch großen Wert das Gesetz darauf legt, daß der Bürge sich von vornherein über den Umfang der von ihm zu übernehmenden Verpflichtung im klaren sei — das Erfordernis der Schriftform (§ 766) ist mit durch diesen Gedanken veranlaßt — so geht man wohl nicht zu weit, wenn man im Interesse sowohl eines ausreichenden Bürgenschutzes als auch einer genügenden Klärung der Rechtslage das Bestehen einer derartigen festen Vereinbarung als Voraussetzung für die Wirksamkeit einer allgemeinen Verbürgung ansieht. Selbstverständlich ist dabei, daß bei Geschäftsverbindungen von typischer Gestaltung, wie z. B. im Bankverkehr, eine Einzelvereinbarung ersetzt werden kann durch beiderseitige Bezugnahme auf allgemeine Geschäftsbedingungen, die von der einen oder auch von beiden Hauptparteien für ihren Geschäftsverkehr aufgestellt sind.

Von dem so gewonnenen Standpunkt aus gesehen, läßt sich sagen, daß eine Verbürgung für schlechthin alle möglichen Ansprüche eines Gläubigers gegen einen Schuldner unwirksam ist und daß als eine außerhalb des Bürgschaftsvertrags liegende festgestellte Tatsache, die im Sinne des oben angeführten Reichsgerichtsurteils zu einer die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrags bejahenden Auslegung verwendet werden kann, nur eine Vereinbarung in dem soeben gekennzeichneten Sinn in Frage kommt. Da eine solche Vereinbarung nicht bei jeder Geschäftsverbindung getroffen wird, kann den in Anm. 2

zu diesem Paragraphen angeführten Stellen aus dem Schrifttum, die teilweise anscheinend lediglich auf die Tatsache des Bestehens einer Geschäftsverbindung abstellen wollen, nicht völlig gefolgt werden.

III. Unbestimmtheit des Gläubigers.

Das Verlangen, daß die Hauptschuld, für deren Erfüllung eingestanden werden soll, im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme ausreichend bestimmt sein solle, ist, wie sich schon aus den Ausführungen unter II dieses Paragraphen ergibt, veranlaßt durch den Gedanken, daß der Bürge, wenn er in Anspruch genommen wird, nicht schwerer belastet werden dürfe, als er im Zeitpunkt der Bürgschaftsübernahme erwarten mußte. Dafür nun, ob und inwieweit der Bürge in Anspruch genommen werden muß, ist nur die Lage und das Verhalten des Schuldners von Bedeutung. Die Person des Gläubigers dagegen ist für die Frage der Haftbarkeit des Bürgen ohne Belang, — abgesehen natürlich von der hier unerheblichen Tatsache, daß der Gläubiger bei seinem Vorgehen gegen den Bürgen mehr oder weniger Entgegenkommen zeigen kann. Es steht deshalb dem nichts entgegen, daß eine Bürgschaft übernommen wird für eine Schuld, deren Inhalt im übrigen bestimmt ist, deren Gläubiger jedoch noch nicht feststeht. In der Rechtsprechung wurde denn auch die Zulässigkeit einer solchen Verbürgung mehrfach ausdrücklich ausgesprochen[7]). Die hier auftretende Frage, inwieweit die Tatsache, daß der Schuldner den Gläubiger erst suchen müsse, in der Bürgschaftsurkunde ausgedrückt sein müsse, sowie die Frage, ob den Schuldner beim Auswählen des Gläubigers eine Sorgfaltspflicht treffe, ist in unserem Zusammenhang nicht zu untersuchen.

Der Fall liegt im wesentlichen gleich, wenn die Bürgschaft zunächst einem bestimmten Gläubiger gegenüber übernommen wird, aber gleichzeitig ausdrücklich auch den anderen, noch unbestimmten, Personen gegenüber, die nacheinander die betreffende Forderung erwerben können (z. B. gegenüber den Blankoindossataren eines Wechsels). Gegen die Zulässigkeit einer solchen Verbürgung ist daher nichts einzuwenden[8]), ebensowenig gegen eine Bürgschaft, die

7) RGZ. 56, 66; 62, 382; OLG. Dresden, ROLG. 22, 345.
8) Staudinger 6 a β zu § 765; Warn. Rspr. 1915, 10 Nr. 9.

einer bestimmten Firma gegenüber übernommen wird und auch gegenüber einem eventuellen späteren Erwerber dieser Firma Geltung haben soll[9]).

§ 3.

Bürgschaftsübernahme unter Hinzufügung von Beschränkungen.

I. Beschränkung der Hauptschuld oder der Bürgschaft auf einen bestimmten Betrag.

1. Daß eine Bürgschaft unter Beschränkung auf einen bestimmten Teil- oder Höchstbetrag übernommen werden kann, steht fest[1]). Eine solche Verbürgung steht nicht, wie es zunächst scheinen könnte, in Widerspruch zum akzessorischen Charakter der Bürgschaft. Der Grundsatz der Akzessorietät besagt, daß kraft des Bürgschaftsvertrags insoweit gehaftet werden kann, als eine gültige Hauptverbindlichkeit besteht. Bezüglich der Höhe des Betrags, für den der Bürge in Anspruch genommen werden kann, ist damit nur ausgesprochen, daß eine über die Hauptverbindlichkeit hinausgehende Verpflichtung durch Bürgschafsvertrag nicht begründet werden kann, vielmehr eines besonderen Rechtsgrundes bedarf[2]), wenn sie wirksam werden soll.

2. Die Beschränkung der Bürgschaft auf einen bestimmten Betrag findet sich einmal in der Weise, daß die Haftung für eine Einzelverbindlichkeit auf einen gewissen Teilbetrag oder Höchstbetrag begrenzt wird. Beschränkung auf einen Höchstbetrag kann hier nur dann vorkommen, wenn die Höhe der Hauptschuld objektiv zwar feststeht, den Parteien jedoch noch nicht bekannt ist, etwa erst durch Ausrechnung ermittelt werden muß[3]). Am häufigsten kommt

---

9) Planck 10 zu § 765; s. auch Warn. Rspr. 1914, 257 Nr. 184.

1) RGRK. 5 zu § 765; Oertmann 3 b zu § 765; Planck 6 zu § 767; Staub-Gadow 32 zu § 349 HGB.; Düringer-Hachenburg 15 zu § 349 HGB.; RGZ. 76, 195; 95, 9; 136, 178 ff. bes. 183; Warn. Rspr. 1910, 122 Nr. 115; LZ. 1921, 141 Nr. 4; JW. 1912, 455 Nr. 1; Seuff.A. 85, 113 Nr. 64.

2) Staudinger 5 zu § 767; Planck 6 zu § 767.

3) s. den Fall in RGZ. 95, 9 bes. 11.

die genannte Beschränkung auf einen gewissen Betrag jedoch vor in denjenigen Fällen, in welchen für eine Mehrheit nur artmäßig bestimmter Verbindlichkeiten eine Bürgschaft übernommen wird, also vor allem bei Kreditbürgschaften. Letztere weisen also dem Regelfall der Bürgschaft gegenüber einesteils eine Verallgemeinerung, anderenteils eine Einengung auf. Da für die Beurteilung der angeführten Fälle dieselben Grundsätze gelten[4]), braucht in der Darstellung zwischen ihnen nicht unterschieden zu werden.

3. Die Beschränkung auf einen gewissen Betrag kann in zwei Arten auftreten:

a) Sie kann lediglich eine Sicherung des Bürgen gegen eine den festgesetzten Betrag überschreitende Inanspruchnahme ohne Rücksicht auf die tatsächliche Höhe der Hauptverbindlichkeit bzw. der mehreren Hauptverbindlichkeiten bezwecken wollen. Hier ist also die B ü r g s c h a f t begrenzt, nicht dagegen die H a u p t s c h u l d. Der Bürge hat demnach zwar nur mit dem festgesetzten Teilwert einzustehen, jedoch für die ganze Schuld bzw. für alle Einzelverbindlichkeiten. Er wird seiner Verpflichtung dadurch ledig, daß er den festgesetzten Teilwert zahlt, nicht aber dadurch, daß der Hauptschuldner diesen zahlt. Wesentlich für die Stellung des Bürgen ist aber besonders der Umstand, daß, wenn es sich um mehrere Einzelverbindlichkeiten handelt, diese eine Einheit bilden. Befriedigt also der Bürge den Gläubiger wegen eines Teiles der Hauptschuld, so gehen insoweit die Einzelforderungen auf ihn über (§ 774 I Satz 1), er muß aber mit ihrer Geltendmachun ggegen den Hauptschuldner hinter den Gläubiger zurücktreten (§ 774 I Satz 2)[5]), kann also Befriedigung seiner Ersatzansprüche vom Hauptschuldner erst dann erlangen, wenn der Gläubiger hinsichtlich seiner gesamten Forderungen befriedigt ist.

b) Die Beschränkung kann auch in der Weise erfolgen, daß nicht die B ü r g s c h a f t, sondern die H a u p t s c h u l d beschränkt sein soll. Der Bürge kann dann nur in Anspruch genommen werden

---

4) Planck 6 zu § 767.

5) s. Staub-Gadow 32 zu § 349 HGB. und von den in Anm. 1 zu diesem Paragraphen aufgeführten Entscheidungen insbes. RGZ. 136, 183.

für den bestimmt abgemessenen Teil der Hauptschuld, bzw. nur für diejenigen von den Verbindlichkeiten, bei und mit deren Begründung die vereinbarte Grenze nicht überschritten wurde. Ist beispielsweise bei einer Geschäftsverbindung dem einen Teil vom Geschäftsgegener ein Kredit von 10 000.— RM. eingeräumt und hierfür Bürgschaft geleistet, so kann eine solche Bürgschaftsübernahme die Bedeutung haben, daß für eine Schuld, die nach Inanspruchnahme des vollen Kredits von 10 000.— RM. weiterhin noch zur Entstehung kommt, nicht eingestanden werden soll. Verbindlichkeiten, die nach Erreichen der vereinbarten Grenze begründet werden, fallen also überhaupt nicht in den Kreis der für die Bürgenhaftung in Betracht kommenden Schulden. Sie bilden gegenüber den innerhalb der Grenze entstandenen Verbindlichkeiten eine gesonderte Schuld. Hinsichtlich dieser ist der Gläubiger gegenüber den infolge Zahlung an den Bürgen nebst Sicherheiten übergangenen Forderungen nicht bevorrechtigt[5]).

4. Welche der vorgenannten Formen der Verbürgung im Einzelfall vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln[6]). Eine Vermutung für die eine oder andere Deutung besteht nicht. Im Bankverkehr liegt, wie Staub-Gadow aaO. sagt, häufig eine Begrenzung der Bürgschaft u n d der Hauptschuld vor[7]).

II. Verbürgung unter Beifügung einer Zeitbestimmung.

1. Die Zulässigkeit der Bürgschaftsübernahme für eine schon bestehende Verbindlichkeit auf eine bestimmte Zeit ergibt sich aus § 777. Diese Bestimmung betrifft, wie aus dem Wortlaut und auch aus der Entstehungsgeschichte[8]) zu entnehmen ist, nur solche Verbindlichkeiten, die schon entstanden sind. Es ist natürlich aber auch statthaft, die Bürgschaft für Verbindlichkeiten, die erst entstehen sollen, auf eine gewisse Zeit zu beschränken. Indessen kann es in den Fällen, in denen die Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten

6) RGZ. 136, 183.
7) vgl. hierzu auch RG. in JW. 1917, 811 Nr. 2.
8) Prot. II, 485.

unter Beifügung einer Zeitbestimmung übernommen wird, zweifelhaft sein, ob diese Bestimmung die Bedeutung haben soll, die Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Bürgen auf die festgesetzte Zeit zu beschränken, oder ob sie nicht vielmehr lediglich den Kreis der durch die Bürgschaft zu sichernden Forderungen einengen soll, auf diejenigen, die innerhalb der vereinbarten Zeit entstehen. In letzterem Fall enthält die Zeitbestimmung keine Beschränkung nach der Zeit, sondern nur nach dem Umfang der Hauptschuld. Wie das OLG. Dresden in einer Entscheidung[9]) sagt, bezweckt hier die Zeitbestimmung nur eine nähere Bezeichnung des Gegenstandes der Bürgschaft. Man findet solche Zeitbestimmungen häufig bei Kreditbürgschaften.

In welchem Sinn die Zeitbestimmung zu verstehen sei, ist Frage der Auslegung. In der angegebenen Entscheidung des OLG. Dresden ist ausgeführt, eine Vermutung dafür, daß die Zeitbestimmung lediglich als Beschränkung des Umfangs des Bürgerschaftsgegenstandes aufzufassen sei, bestehe nicht. Nach Ansicht des Reichsgerichts[10]) entspricht indessen diese Deutung der im Geschäftsverkehr üblichen Ausdrucksweise. Auch das gesamte Schrifttum[11]) sieht für die Regel in der Zeitbestimmung lediglich eine Beschränkung dahin, daß nur die innerhalb der festgesetzten Zeit entstehenden Verbindlichkeiten Gegenstand der Bürgenhaftung seien. Der Bürge muß also, wenn er bei einer Verbürgung für noch nicht bestehende Verbindlichkeiten eine von ihm beabsichtigte zeitliche Beschränkung seiner Haftung erreichen will, seinen dahingehenden Willen in der Bürgschaftserklärung unzweifelhaft zum Ausdruck bringen.

2. Kommt im Einzelfall die Auslegung zu dem Schluß, daß bei der Verbürgung für die künftigen Verbindlichkeiten eine zeitliche Beschränkung der Haftung selbst vereinbart worden sei, so erhebt sich die Frage, ob § 777 entsprechend anzuwenden ist. Die Frage ist

---

9) Seuff. Arch. 58, 228 Nr. 119.

10) RGZ. 63, 11; ähnlich RGZZ. 82, 382.

11) RGRK. 1 zu § 777; Planck 7 zu § 777; Staudinger 3 § 777; Oertmann 3 b zu § 765; Staub-Gadow 30 zu § 349 HGB.; Düringer-Hachenburg 8 zu § 349 HGB.; Enneccerus-Lehmann § 192 V; Matthiass § 131 E 1; Eck-Leonhard, Vorträge I, 573; Girtanner, Bürgschaft n. gem. Zivilrecht, S. 388; s. auch Prot. II, 485; Mot. II, 681.

nach allgemeiner Meinung[12]) zu bejahen, denn, wenn der Gesetzgeber in § 777 nur den Fall zeitlicher Bürgschaftsbeschränkung bei schon bestehenden Verbindlichkeiten regelte, so geschah dies deshalb, weil man der gerade in diesem Punkt bestehenden Rechtsungleichheit ein Ende machen wollte, nicht etwa deshalb, weil man die getroffene Regelung auf den genannten Fall hätte beschränken wollen[13]).

3. In diesem Zusammenhang sei noch kurz bemerkt, daß der Bürge, wenn er nach längerer Zeit seiner Verpflichtung ledig werden will, dies nicht immer schon bei der Bürgschaftsübernahme mit dem Gläubiger vereinbaren muß. Bei Bürgschaften für künftige, nur artmäßig bestimmte, Schulden steht dem Bürgen nach allgemeiner, auch in der Rechtsprechung zum Ausdruck gebrachter Ansicht[14]) nach Ablauf einer angemessenen Zeit auch ohne entsprechende Vereinbarung ein Kündigungsrecht für die Zukunft zu. Ob dabei eine Kündigungsfrist gesetzt werden muß, ist im Einzelfall nach der Sachlage zu beurteilen[15]).

---

12) RGRK. 1 zu § 777; Staudinger zu § 777; Planck 2 zu § 777; RGZ. 82, 382.

13) s. Prot. II 485.

14) Planck 10 zu § 765 (mit weiteren Angaben über das Schrifttum); Cosack I, § 221, IV, 5; Enneccerus-Lehmann § 192 III, 1; RG. in Warn. Rspr. 1911, 260 Nr. 36; 1913, 340 Nr. 289; 1914, 215 Nr. 158; a. A. nur Eccius, Gruch. 46, 55.

15) Enneccerus-Lehmann Anm. 2 zu § 192; RG. in Warn. Rspr. 1914, 215 Nr. 158.

Zweiter Abschnitt.

Vorgänge, die eine Änderung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bewirken.

I. Rechtsgeschäftliche Änderung des Schuldverhältnisses.

§ 4.

Allgemeines.

I. Wenn eine durch Bürgschaft gesicherte Verbindlichkeit durch Vertrag abgeändert wird, so ist die Tatsache der bloßen Abänderung an sich für die weitere Haftung des Bürgen ohne Bedeutung[1]). Eine gegenteilige Auffassung kommt allerdings in den Motiven (Mot. II, 665) zum Ausdruck, wenn dort gesagt wird, eine nachträgliche Erweiterung oder Änderung des Schuldverhältnisses schaffe im Effekt eine neue Verbindlichkeit, für welche einzustehen der Bürge nicht versprochen habe. Wäre diese Ansicht richtig, so würde, wie Lippmann[2]) zutreffend sagt, jedwedes Paktieren zwischen Gläubiger und Hauptschuldner den Bürgen befreien. In das Gesetz hat diese Auffassung keinen Eingang gefunden; § 767 I S. 3 spricht ausdrücklich nur von „Erweiterung".

Eine vertragliche Aufhebung des Schuldverhältnisses unter gleichzeitiger Begründung eines neuen (Schuldersetzung, Novation) läßt dagegen die Bürgschaft erlöschen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob dies von den Parteien gewollt ist[3]).

---

1) Staudinger 6 b zu § 765; Planck 14 zu § 765; Enneccerus-Lehmann § 42 I, 1.

2) Lippmann, Das bürgerliche Gesetzbuch über Einheitsschuld und Mehrheitsschuld usw. Arch. Ziv. Pr. 111, 135 ff., bes. 206.

3) s. die in Anm. 1 angeführten Äußerungen.

Erhebt sich so im Einzelfall jeweils die Frage, ob Abänderung oder Schuldersetzung vorliegt, so ist, falls die Annahme des Vorliegens einer bloßen Abänderung gerechtfertigt erscheint, weiter durch Auslegung zu ermitteln, ob die Hauptverbindlichkeit durch die abändernde Vereinbarung gegenüber ihren ursprünglichen Bestand erweitert wurde; eine Erweiterung wirkt nämlich gemäß § 767 I S. 3 ohne Zustimmung des Bürgen nicht gegen diesen.

II. Die Frage, ob eine nachträgliche Vereinbarung die Hauptschuld und damit auch die Haftung des Bürgen erweitere, bietet in Einzelfällen Anlaß zu Meinungsverschiedenheiten. Fest steht einmal, daß § 767 I S. 3 es dem Hauptschuldner nicht verwehrt, die ihm etwa dem Gläubiger gegenüber zustehenden Rechte ohne Zustimmung des Bürgen mit Wirkung gegen diesen vertraglich zu vermindern; nur darf er diesem hierdurch nicht eine ihm sonst zustehende Einrede entziehen, etwa die Einrede der Wandlung oder des nicht erfüllten Vertrags[4]). Abgesehen von dem Fall der Minderung eigener Rechte, wirken nach der zutreffenden Formulierung Hedemanns[5]) rechtsgeschäftliche Änderungen der Hauptschuld nur dann gegen den Bürgen, „wenn es sich um eine gleichsam organische Weiterentwicklung des Schuldverhältnisses handelt". Hieraus ergibt sich, daß den Bürgen z. B. nicht bindet ein vertragsmäßiges Anerkenntnis der Schuld[6]), weiterhin etwa das Versprechen einer Vertragsstrafe durch den Hauptschuldner[7]). Über die Fälle einer rechtsgeschäftlichen Abänderung der Hauptschuld durch Ge-

4) Oertmann 2 f. zu § 767; Seuff. Arch. 77, 124.

5) Hedemann, Schuldrecht § 62 IV, 2; diese Formulierung macht sich Planck in 3 zu § 767 zu eigen.

6) Planck 3 zu § 767; v. Gierke III, Anm. 58 zu § 206.

7) Wurde eine Vertragsstrafe schon vor Übernahme der Bürgschaft versprochen, so ist es eine Frage der Auslegung des Bürgschaftsvertrags, ob der Bürge auch für die Vertragsstrafe zu haften hat; der Fall ist ähnlich gelagert, wie derjenige der Haftung für Verzugszinsen (s. unten § 9 II [S. 40]). — Die in diesem Zusammenhang weiter auftretende Frage, ob auch der Bürge gemäß § 343 Ermäßigung einer vom Hauptschuldner verwirkten Vertragsstrafe verlangen kann, ist in analoger Anwendung des § 768 I Satz 1 zu bejahen; so Planck 4. Aufl. 1 a zu § 768 (anders die 3. Aufl.), Oertmann 2 c δ zu § 768; RGRK. 4 zu § 770 (unter entsprechender Anwendung des § 770).

währung von Stundung oder durch Abschluß eines Vergleichs wird in den folgenden beiden Paragraphen besonders gehandelt. — Die Wirkung einer die Hauptschuld erweiternden Vereinbarung ist übrigens nicht die, daß die Bürgschaft als Ganzes erlischt; die Bürgschaft bleibt vielmehr bestehen, jedoch unter Beschränkung auf den früheren Umfang[8]).

III. Soweit andererseits eine nachträgliche Vereinbarung die Hauptverbindlichkeit einschränkt, erleichtert sich die Bürgenverpflichtung ebenfalls (§ 767 I Satz 1). Wenn die Vereinbarung die Hauptschuld teilweise erleichtert und teilweise erweitert, so muß der Bürge, wenn er sich einmal auf die Einschränkung seiner Haftung berufen hat, auch die Erschwerung gegen sich gelten lassen[9]). Mit Oertmann ist nämlich in der Berufung auf die durch die Vereinbarung dem Bürgen zuteil gewordene Erleichterung seiner Haftung eine Genehmigung dieser Vereinbarung als Ganzes zu erblicken.

§ 5.

Abänderung des Schuldverhältnisses durch Gewährung von Stundung.

I. Eine häufig vorkommende Art von nachträglicher Abänderung eines Schuldverhältnisses ist die Stundung der Hauptschuld durch den Gläubiger.

Daß der Bürge sich auf die Stundung berufen kann, indem er gemäß § 768 I Satz 1 die dem Hauptschuldner erwachsene Einrede der Stundung geltend macht, ist sicher[1]).

Zu der Frage, ob andererseits die Stundung g e g e n den Bürgen wirke, wird allgemein erklärt[2]), daß nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen sei, ob die Stundungsabrede die Lage des Bürgen verschlechtert oder nicht. Nur Crome[3]) scheint a l l g e m e i n

8) Planck 3 zu § 767; Staudinger 4 zu § 767; RGRK. 3 zu § 767.
9) RGRK. 3 zu § 767; Oertmann 2 f. zu § 767; Planck 3 zu § 767.
1) RGZ. 129, 289; außerdem die in Anm. 2 aufgeführten Entscheidungen.
2) Planck 3 zu 767; RGZ. 59, 223 ff., bes. 228/29; 56, 310 ff.
3) Crome, Lehrbuch II, Anm. 8 zu § 289.

die Wirksamkeit einer Stundung gegen den Bürgen für alle Fälle, abgesehen von denen, in welchen die Bürgschaft nur für eine bestimmte Zeit übernommen wurde, bejahen zu wollen und zwar mit der Begründung, daß die Stundung r e c h t l i c h die Verpflichtung des Bürgen, sofern dessen Haftung nicht auf bestimmte Zeit übernommen worden sei, nicht erweitere. Diese Begründung schlägt indessen nicht durch. Mit Recht weist Oertmann[4]) bezüglich der nichtselbstschuldnerischen Bürgschaft darauf hin, daß eine Stundung die Gefahr vergrößere, daß der Bürge gemäß § 773 I die Einrede der Vorausklage verliere, und daß dadurch rechtlich die Haftung des Bürgen erschwert werden könne. Indessen ist es auch zweifellos der Sinn des § 767 I Satz 3, den Bürgen gegen eine t a t s ä c h l i c h gegenüber dem ursprünglichen Zustand erschwerte Belastung zu schützen, wenn eine solche durch eine nachträgliche Vereinbarung verursacht wird .Daß es aber häufig vorkommen kann, daß die Stundung t a t s ä c h l i c h die Lage des Bürgen verschlechtert, indem nämlich in der Zwischenzeit die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich so ungünstig gestalten, daß der Bürge wegen seiner Ersatzforderung von ihm keine Befriedigung erlangen kann, oder (bei der nicht selbstschuldnerischen Bürgschaft) in Anspruch genommen wird, während er sonst eine Inanspruchnahme nicht zu erwarten gehabt hätte, steht fest. Es ist dabei zu bedenken, daß die Festsetzung eines Fälligkeitstermins für eine Verbindlichkeit die hernach für sie übernommene Bürgschaft nicht zu einer zeitlich begrenzten macht[5]); die Fälle, in denen nach Cromes Ansicht die Stundung ausnahmsweise nicht gegen den Bürgen wirken würde, sind also verhältnismäßig selten.

Wie die Prüfung, ob eine Stundung die Lage des Bürgen verschlechtere, im Einzelfall zu geschehen hat, insbesondere, wer die hierfür erheblichen Tatsachen zu beweisen hat, ist nun nicht völlig klar. Das Oberlandesgericht Breslau stellt in einer Entscheidung vom 6. 3. 1903[6]) unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des § 767 I S. 3 den Satz auf, daß unter einem „nachträglichen Rechts-

---

4) Oertmann f2 . zu § 767.
5) RG. in Warn. Rspr. 1914, 209 Nr. 155.
6) ROLG. 6, 452.

geschäft" jede Veränderung zu verstehen sei, die sich nicht als Verminderung der Hauptschuld darstelle. Da nun die Stundung einer in kurzem fälligen Verbindlichkeit auf mehrere Jahre eine Verminderung nicht schafft, lehnt das Gericht schon aus diesem Grund die bindende Wirkung der Stundungsabrede gegenüber dem Bürgen ab. Die Ablehnung ist hier schon auf die Tatsache des Abschlusses der Stundungsvereinbarung an sich, ohne Rücksicht auf die weitere Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners gegründet. Diese Ausführungen, die zudem insoweit auf die Umstände des Einzelfalls, wie es richtig wäre, nicht eingehen, sondern allgemeiner Natur sind, vermögen nicht zu überzeugen. Denn auf die Materialien[7]) kann, soweit ihnen der klare Wortlaut des Gesetzes entgegensteht (s. o. § 4 I) eine Entscheidung nicht gegründet werden. In den weiteren Darlegungen der Entscheidung wird dann zur anderweitigen Begründung ausgeführt, es sei regelmäßig zu unterstellen, daß die Bürgschaft für eine Schuld mit frühem Fälligkeitstermin vom Bürgen als nur für eine entsprechend kurze Zeit, in der eine ungünstige Änderung in den Verhältnissen des Hauptschuldners nicht zu befürchten sei, übernommen betrachtet werde. Bei einer Stundung auf mehrere Jahre hinaus sei zunächst davon auszugehen, daß sie die Bürgenverpflichtung erweitere, solange nicht der Gläubiger besondere Umstände dartue, die diese Annahme ausschließen. — An dieser Begründung interessiert vor allem die Tatsache, daß der Beweis dafür, daß die Lage des Bürgen durch die Stundung nicht verschlechtert werde, dem Gläubiger aufgebürdet wird, wobei allerdings nicht mit Sicherheit zu entnehmen ist, ob diese Verteilung der Beweislast nur für den Fall vertreten wird, daß die Stundungsfrist im Verhältnis zur ursprünglichen Zahlungsfrist sehr lang ist. Im Gegensatz zu dieser Ansicht steht die von Reimer[8]). Nach ihm obliegt dem Bürgen zunächst einmal der Beweis dafür, daß er bei Inanspruchnahme unmittelbar nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld wegen seiner Ersatzforderung gegen den Hauptschuldner von diesem Befriedigung erlangt

7) Mot. II S. 665; Prot. II S. 466/67.

8) Reimer, Stundung einer durch Bürgschaft gesicherten Schuld, JW. 1926, 1946; wie Reimer jetzt auch Enneccerus-Lehmann § 189 II. 4.

hätte. Weiterhin hat der Bürge nach Reimer zu beweisen, daß er, falls die Stundungsabrede nicht getroffen worden wäre, den Gläubiger befriedigt, sich also bei der nicht selbstschuldnerischen Bürgschaft auf die Einrede der Vorausklage nicht berufen hätte; der selbstschuldnerische Bürge hat nach Reimer zu beweisen, daß er im fraglichen Zeitpunkt imstande gewesen wäre, die Hauptschuld zu tilgen.

Keiner der beiden Ansichten kann m. E. völlig gefolgt werden. Macht der Bürge die während des Laufs der Stundungsfrist eingetretene Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners geltend, so will er damit seine Befreiung von der von ihm übernommenen Bürgenverpflichtung dartun. Mit Reimer wird man dem Bürgen den Beweis für die Tatsachen, durch die er befreit zu sein behauptet, auferlegen müssen. Der Beweis hat sich darauf zu erstrecken, daß die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners früher so gewesen seien, daß der Bürge, wenn er die Schuld nach Eintritt der Fälligkeit hätte tilgen müssen, vom Hauptschuldner wegen seiner Ersatzforderung hätte Befriedigung erlangen können, während jetzt infolge der im Lauf der Stundungsfrist eingetretenen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners diese Befriedigung nicht mehr möglich sei. Zu beweisen ist vom Bürgen außerdem, daß seine eigenen Vermögensverhältnisse in der fraglichen Zeit eine Tilgung der Hauptschuld ermöglicht hätten. Den darüber hinausgehenden Beweis, den Reimer vom Bürgen verlangt, kann man ihm jedoch nicht auferlegen. Reimer weist a.a.O. selbst darauf hin, daß der Beweis, daß der Bürge auf Verlangen des Gläubigers die Hauptschuld sofort getilgt, also die Einrede der Vorausklage nicht erhoben haben würde, sehr schwer zu erbringen sei. In Wahrheit kann aber voller Beweis in dieser Hinsicht gar nicht erbracht werden, denn daß man in einer bestimmten Lage diesen oder jenen Willensentschluß gefaßt hätte, kann man durch Angabe äußerer Umstände höchstens glaubhaft machen. Selbst, wenn man aber solche Glaubhaftmachung genügen ließe, würde Reimers Ansicht, praktisch gesehen, dahin führen, daß bei der nichtselbstschuldnerischen Bürgschaft der Bürge sich nur in den seltensten Fällen einer infolge Gewährung von Stundung beschwerlicher gewordenen Haftung erwehren könnte. Dieses Ergebnis ist nicht nur

unbillig, sondern geht, auch unter rein rechtlichen Gesichtspunkten gesehen, weit über das hinaus, was von dem Bürgen zu fordern ist. Der von dem Bürgen zu fordernde Beweis für die infolge der Stundung eingetretene Erschwerung seiner Haftung ist erbracht, wenn er nachweist, daß ohne die Stundung für ihn auf irgend eine Weise die Möglichkeit bestanden hätte, sich schadlos zu halten; ob die Schadloshaltung gerade auf dem Wege hätte geschehen können, daß er wegen seines Ersatzanspruchs vom Hauptschuldner Befriedigung erlangt hätte, ist unerheblich. Hat nun aber der Bürge nachgewiesen, daß zur Zeit der Fälligkeit der Hauptschuld die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners die Befriedigung seines Ersatzanspruchs ermöglicht hätten, so ist damit auch festgestellt, daß der Gläubiger selbst für seine Hauptverbindlichkeit vom Bürgen hätte Befriedigung erlangen können. Die Frage, ob der Bürge die Einrede der Vorausklage erhoben hätte, ist deshalb, wenn in obigem Umfang Beweis erbracht ist, ganz unerheblich; denn, wäre sie erhoben worden, so wäre, da der Gläubiger vom Hauptschuldner selbst Befriedigung hätte erlangen können, der Bürge überhaupt nicht in Anspruch genommen worden; wäre die Einrede jedoch nicht erhoben worden, so wäre der Ersatzanspruch des Bürgen vom Hauptschuldner befriedigt worden. In beiden Fällen wäre also gleicherweise ein Schaden für den Bürgen vermieden worden.

Die Beweislast trägt also wohl in dem oben angegebenen beschränkten Umfang der Bürge und zwar immer. Hier etwa je nach der Zeitdauer der Stundungsfrist im Verhältnis zur ursprünglichen Zahlungsfrist eine unterschiedliche Behandlung eintreten zu lassen wäre untunlich, da die Grenzen für die Bemessung dieses Verhältnisses zu flüssig sind.

II. Wenn der Gläubiger nur dem Schuldner persönlich Stundung gewährt, seine Rechte gegenüber dem Bürgen sich jedoch vorbehält, so bestehen über die Behandlung dieses besonderen Falls erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Das Reichsgericht[9]) geht davon aus, daß die Willenserklärung, durch welche die Stundung der Hauptschuld zugunsten des Hauptschuldners unter Vorbehalt der

9) RGZ. 56, 310 ff.; übereinstimmend Staudinger 1 b α zu § 768; Staub-Gadow 13 zu § 349 HGB.

Rechte gegen den Bürgen ausgesprochen werde ‚eine einheitliche sei. Wenn die Abrede bezüglich des Vorbehalts der Rechte gegen den Bürgen in Hinblick auf den akzessorischen Charakter der Bürgschaft, weil auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet, nichtig sei, so sei demnach die ganze Stundungsabrede unwirksam. Eine andere Meinung[10]) hält die Abrede bezüglich der Person des Hauptschuldners für wirksam, gibt aber auch dem Bürgen das Recht, sich auf die Stundung gemäß § 768 I Satz 1 zu berufen. Soweit allerdings der Vorbehalt der Rechte gegenüber dem Bürgen zur Bedingung der Stundung gemacht wurde, stimmt auch Planck, der im übrigen die letzterwähnte Ansicht vertritt, ausdrücklich dem Reichsgericht zu. Ganz entgegengesetzt vertreten Oertmann[11]) und Dernburg[12]) die Ansicht, daß die Stundungsabrede ihrem ganzen Inhalt nach wirksam sei, daß also der Gläubiger trotz der Stundung gegen den Bürgen vorgehen könne, soweit die Stundung nicht die Fälligkeit der Hauptschuld hinausschiebe, was aber nicht bei jeder Stundungsabrede der Fall sei; diese Meinung geht allgemein von dem Standpunkt aus, daß solche Einreden, die nicht in einem Mangel der Hauptschuld, sondern in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners oder in einer schonenden Rücksicht auf diesen ihren Grund haben, auf die Person des Hauptschuldners beschränkt seien. Leonhard[13]) schließlich läßt § 139 über die Wirksamkeit der Abrede, soweit sie die Person des Hauptschuldners betrifft, entscheiden.

Die Ansicht von Oertmann und Dernburg findet im Gesetz keine ausreichende Stütze; auf eine Analogie zu § 193 KO. und § 82 II VerglO. allein kann eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät, der im übrigen die ganze Gestaltung des Bürgschaftsrechts beherrscht, nicht gegründet werden. Es ist daher davon auszugehen, daß der Vorbehalt der Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen nichtig ist. Was die Wirksamkeit der Stundungsabrede im

10) Planck 1 a β zu § 768; Enneccerus-Lehmann Anm. 8 zu § 189; v. Gierke III, Anm. 60 zu § 206; OLG. Breslau in ROLG. 6, 450.

11) Oertmann 2 a zu § 768.

12) Dernburg, Lehrbuch II, § 287 III.

13) Leonhard, Besonderes Schuldrecht § 161 und Anm. 35—37 hierzu.

übrigen anbetrifft, so ist wohl mit Leonhard auf den Einzelfall abzustellen. Wenn Enneccerus-Lehmann seine Ansicht damit begründet, daß die unmittelbare Folge der Abrede — Gewährung von Stundung an den Hauptschuldner — gewollt sei, und daß für die hieraus dem Bürgen gegenüber mittelbar sich ergebende gesetzliche Folge der Wille der Vertragsparteien unerheblich sei, so trägt er damit nicht genügend der Tatsache Rechnung, daß die Gewährung der Stundung an sich der getroffenen Nebenabrede eben nicht völlig selbständig gegenübersteht. Die Willenseinigung über den Vorbehalt der Rechte gegenüber den Bürgen ist, auch wenn dieser Vorbehalt nicht als Bedingung erscheint, dergestalt ein Bestandteil der gesamten Abrede, daß, subjektiv gesehen, bei Nichtigkeit dieses Vorbehalts auch der gesamten übrigen Abrede die Grundlage jedenfalls entzogen sein k a n n. Der von Enneccerus-Lehmann[14]) gezogene Vergleich trifft deshalb m. E. auch nicht den Kern der Sache. Dieser erwähnt nämlich den Fall, daß ein Hauptschuldner unter der Nebenabrede Zahlung leistet, daß die Leistung nur ihm, nicht aber dem Bürgen zugute komme, und sagt mit Recht, daß dann die geleistete Zahlung doch nicht aus Rücksicht auf den getroffenen Vorbehalt als nichtig angesehen werden könne. Wenn nun ein Hauptschuldner Zahlung leistet, und sich dabei ausbedingt, daß diese nur ihm zugute kommen soll — ein Fall übrigens, der sich in der Praxis kaum denken läßt —, so ist sicher die Nebenabrede, die eine kraft Gesetzes eintretende Folge ausschließen will, nichtig. Dies kann jedoch die Zahlung selbst nicht nichtig machen; die Nichtigkeit der Nebenabrede berührt die Wirksamkeit der Zahlung deshalb nicht, weil der Hauptschuldner zur Zahlung sowieso verpflichtet ist und deshalb eine vernünftige Auslegung niemals zu dem Ergebnis kommen kann, daß die Nebenabrede maßgeblichen Einfluß auf die Bereitwilligkeit des Hauptschuldners zur Erfüllung seine Pflicht, zu der er notfalls zwangsweise angehalten werden kann, ausgeübt habe. Wenn aber ein Gläubiger Stundung gewährt, so tut er dies aus freien Stücken; fügt er hierbei in Verfolgung eigenen Vorteils Nebenabreden bei, so erfordert dies deshalb andere Beurteilung. — Auf der andern Seite ginge es freilich

14) Enneccerus-Lehmann; Anm. 8 zu § 189.

zu weit, wollte man mit dem Reichsgericht annehmen, daß die Nichtigkeit des Vorbehalts die Stundungsabrede immer unwirksam mache. Es läßt sich durchaus der Fall denken, daß ein Gläubiger dem Hauptschuldner entgegenkommen, andererseits aber dennoch möglichst rasche Befriedigung erreichen will und deshalb jenen Vorbehalt gegen den Bürgen macht, sein Entgegenkommen dem Hauptschuldner gegenüber aber auch für den Fall aufrechterhalten will, daß jener Vorbehalt sich als unwirksam erweist. Ob ein solcher Fall vorliegt, ob also die Stundungsabrede auch ohne jenen Vorbehalt zustande gekommen wäre, ist m. E. nach den Umständen jeweils festzustellen und hiernach gemäß § 139 zu entscheiden, ob die Stundungsabrede für sich allein, also auch ohne jeden Vorbehalt, wirksam ist. In den meisten Fällen wird zwar das Ergebnis der Auslegung das sein, daß die gesamte Abrede als nichtig anzusehen ist; immerhin gewährt die von Leonhard vertretene Ansicht die Möglichkeit, den Verhältnissen des Einzelfalls Rechnung zu tragen. Daß es Sache des auf Zahlung belangten Bürgen ist, zu beweisen, daß die Stundung wirksam ist, ergibt sich aus der Fassung des § 139.

§ 6.

Abänderung des Schuldverhältnisses durch Vergleich.

Wenn im folgenden die Bedeutung eines zwischen Gläubiger und Hauptschuldner abgeschlossenen Vergleichs für den Bürgen erörtert werden soll, so ist dabei zunächst nur an den Vergleich im Sinne des § 779 BGB. gedacht. Auf den in verschiedenen besonderen Verfahren vorkommenden Zwangsvergleich wird in § 9 eingegangen werden.

Der Abschluß eines Vergleichs zwischen Gläubiger und Hauptschuldner läßt in unserm Zusammenhang zwei getrennt zu behandelnde Fragen entstehen: einmal die Frage, ob der Bürge, soweit die ursprüngliche Verbindlichkeit in Betracht kommt, befreit wird; sodann die Frage, ob er für die Verbindlichkeit in ihrer durch den Vergleich geschaffenen Gestalt haftet, also durch den Vergleich verpflichtet wird.

1. Die Beantwortung der ersten Frage richtet sich danach, ob der Vergleich das ursprüngliche Schuldverhältnis umschafft, also novatorisch wirkt, oder nicht. In dieser Hinsicht wird nun allgemein[1]) erklärt, daß durch sinngemäße Auslegung des Vergleichs unter Berücksichtigung des § 157 im einzelnen Fall festgestellt werden müsse, ob er das ursprüngliche Schuldverhältnis durch ein neues, selbständiges habe ersetzen sollen. Dem ist durchaus beizutreten; allgemeine Regeln darüber, ob in solchen Fällen Schuldersetzung oder bloße Schuldabänderung vorliegt, lassen sich nicht aufstellen. Nicht einmal bei Umwandlung einer anderweitigen Schuld in eine Darlehensschuld gemäß § 607 II — ein Fall, bei dem RGRK. a.a.O. anscheinend allgemein Schuldersetzung annimmt — ist die Annahme des Vorliegens einer Schuldersetzung durchweg gerechtfertigt[2]). Man kann deshalb Oertmann[3]) nicht folgen, wenn er den Vergleich als im allgemeinen nicht novatorisch bezeichnet.

2. Die oben gestellte weitere Frage nach der verpflichtenden Wirkung des Vergleichs gegenüber dem Bürgen ist auf Grund des § 767 I Satz 3 zu beantworten. Die Ansicht, daß ein Vergleich allgemein und stets als eine die Bürgenhaftung erweiternde Vereinbarung anzusehen sei, wird im Schrifttum, soweit ersichtlich, nirgends vertreten[4]); man muß vielmehr nach allgemeiner Ansicht auf den Inhalt des Vergleichs im Einzelfall abstellen. Der Inhalt eines Vergleichs kann nun sehr vielgestaltig sein; typisch und begriffswesentlich für den Vergleich ist nur, daß von beiden Parteien in irgend einer Weise nachgegeben wird. Häufig ist der Fall, daß der Vergleich auf der einen Seite etwa eine Stundung oder eine Verpflichtung zu teilweisem Erlaß, andererseits ein Anerkenntnis oder die Verpflichtung zur Zahlung einer Abfindungssumme enthält. Inwieweit nun der Vergleich gegen den Bürgen wirkt, ist nach den in §§ 4 und 5 der Arbeit gemachten Ausführungen allgemein zu

---

1) RGRK 5 zu § 779; Planck Vorbem. 4 a zu § 779; Staudinger A VI c zu § 779; Mot. II, 656; RGZ. 101, 112; JW. 1911, 648; LZ. 1926, 229; Recht 1907 Nr. 3494; 1922 Nr. 1668.

2) Enneccerus-Lehmann § 139 IV.

3) Oertmann 1 c zu § 779.

4) Freilich kann die diesbezügliche Äußerung im RGRK 3 zu § 767 sehr wohl in diesem Sinn verstanden werden.

beurteilen (siehe jedoch unten auch 1 b); Erörterungen über alle denkbaren Fälle von Vergleichsinhalten sind naturgemäß nicht möglich[5]). Besonderer Besprechung fähig und bedürftig ist jedoch der eine Fall, daß im Vergleich eine andere als die ursprüngliche Leistung versprochen wird.

a) Soweit im Schrifttum zum Vergleich gerade in der Zuspitzung auf obige Frage Stellung genommen wird, wird das vergleichsweise Versprechen einer anderen als der ursprünglich geschuldeten Leistung grundsätzlich als für den Bürgen nicht verbindlich bezeichnet[6]). Eine Betrachtung der hier in Frage kommenden einzelnen Möglichkeiten, wie sie Lippmann[7]) in längeren, im großen und ganzen zu billigenden, Ausführungen anstellt, führt im wesentlichen zur Bejahung dieses Standpunkts.

Wie Lippmann darlegt, ist bei dem Fall der Geldschuld die Verpflichtung des Bürgen genau fixiert; soweit der Vergleich nicht eine über die ziffernmäßig festgelegte Verpflichtung hinausgehende Verbindlichkeit schafft, wirkt er gegen den Bürgen. Wird also die Schuld zu einem wesentlichen Teil erlassen, für den Rest jedoch der Zinssatz erhöht, so kann im Regelfall der Bürge auch wegen der erhöhten Zinsforderung in Anspruch genommen werden, da sie regelmäßig zuzüglich des Betrags der noch bestehenden Hauptschuld den Betrag der ursprünglichen Schuld nicht erreichen wird. Aber auch dann, wenn unter außergewöhnlichen Umständen durch die Erhöhung des Zinssatzes die Gefahr entsteht, daß die Schuldsumme zuzüglich der Zinsverpflichtung den Betrag der urspünglichen Schuld überschreitet, ist zunächst der Vergleich als dem Bürgen gegenüber verbindlich zu betrachten. Weiß der Bürge nämlich von dem Vergleich, so steht es ihm regelmäßig frei, den Gläubiger zu befriedigen (wodurch er einen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner erhält), und so eine ihm drohende Mehrbelastung abzuwenden. Weiß er von dem Vergleich nichts, so hat er zur Zeit seiner Inanspruchnahme immer noch die Möglichkeit, die Er-

5) Siehe etwa die Fälle RGZ. 56, 109; ROLG. 18, 43; weitere Entscheidungen zu dieser Frage sind nicht bekannt.

6) Planck 3 zu § 767; Staudinger 4 zu § 767.

7) Lippmann, Einheitsschuld und Mehrheitsschuld. Arch. Ziv.Pr. 111, 204 ff.

schwerung seiner Haftung durch den Vergleich geltend zu machen und sich gegen sie zu verwahren. Es ist also in allen Fällen einer mit Zinserhöhung verbundenen vergleichsweisen Herabsetzung einer Geldschuld der Vergleich zunächst als verbindlich zu erachten, wobei aber — anders als in den nachher zu besprechenden Fällen — erst zur Zeit der Inanspruchnahme des Bürgen über die verbindliche Wirkung endgültiges gesagt werden kann.

In den weiteren von Lippmann erörterten Fällen steht die Entscheidung über die Wirkung des Vergleichs für die Bürgenhaftung schon zur Zeit des Abschlusses desselben fest. Wird eine Geldschuld vergleichsweise in eine Nichtgeldschuld, eine Gattungsschuld in eine Stückschuld, eine Nichtgeldschuld in eine solche von anderer Art verwandelt, so steht zwar nicht fest, daß die Bewirkung der nunmehr auf Grund des Vergleichs geschuldeten Leistung dem Bürgen im Einzelfall schwerer falle als die Bewirkung der ursprünglich geschuldeten Leistung. Allgemein gesehen ist jedoch, wie Lippmann ausführt, die Erfüllung einer Geldschuld (oder einer sonstigen Verpflichtung zur Leistung einer vertretbaren Sache) oder einer Gattungsschuld leichter zu bewirken als die einer Nichtgeldschuld oder einer Stückschuld. Man kann mit Lippmann die Unwirksamkeit eines derartigen Vergleichs gegenüber dem Bürgen schon mit diesem Umstand allein begründen. Der ausschlaggebende Gesichtspunkt, der bei Lippmann allerdings nicht, jedenfalls nicht klar, hervortritt, dürfte jedoch der Gedanke sein, daß eine Bürgschaft nur dann übernommen wird, wenn der Bürge weiß, daß er nach seinen persönlichen Verhältnissen in der Lage ist, für die betreffende Verbindlichkeit in ihrer bestimmten, ihm bekannten, Gestalt die Haftung zu übernehmen. Wird im Vergleich nun die zu erbringende Leistung geändert, so ist in keinem Fall mehr sicher, daß dem Bürgen nach seinen persönlichen Verhältnissen die Übernahme einer Haftung für die neue Leistung möglich sei, auch dann, wenn die auf Grund des Vergleichs geschuldete Leistung, allgemein gesehen, leichter zu erbringen ist, als die ursprünglich geschuldete. Hierin liegt die haftungserschwerende Wirkung des Vergleichs und hieraus ergibt sich seine Unwirksamkeit gegenüber dem Bürgen für die oben aufgeführten Fälle, besonders aber auch für den — von Lippmann nicht besprochenen — Fall, daß an die Stelle einer Verpflich-

tung zu einer individuellen Leistung die Verpflichtung zu einer Geldleistung gesetzt wird. Gegenüber der letzteren Folgerung mag eingewendet werden, daß bei der Übernahme der Bürgschaft für eine Sachleistung von vornherein die Leistung von Geldersatz als Form des Einstehens erscheine. Indessen gibt es genügend Fälle, in welchen das nicht zutrifft, besonders bei beschränkten Gattungsschulden. Man denke etwa an den Fall, daß ein Weingutsbesitzer sich zur Lieferung eines bestimmten Quantums Wein verpflichtet hat und ein anderer Weingutsbesitzer, der ebenfalls die betreffende Weinsorte baut, sich für die Erfüllung dieser Verpflichtung verbürgt hat. Hier ist wohl außer Zweifel, daß die Lieferung des Weins auch als Form des Einstehens des Bürgen gedacht ist. Auch im kaufmännischen Verkehr lassen sich solche Fälle denken.

Eine andere Beurteilung muß Platz greifen, wenn im Vergleich eine Wahlschuld in eine bestimmte Einzelschuld umgewandelt wird. Hier mußte nämlich der Bürge, dem ein Wahlrecht ja nicht zusteht[7]), von vornherein auf die eine oder andere Art der Inanspruchnahme gefaßt sein, so daß er sich durch die im Vergleich erfolgte feste Bestimmung der Leistung nicht beschwert fühlen kann.

b) Für die allgemeine Beurteilung der verpflichtenden Wirkung eines Vergleichs gegenüber dem Bürgen wurde oben auf die Ausführungen in den §§ 4 und 5 der Arbeit verwiesen. Es gilt also auch hinsichtlich des Vergleichs der Satz, daß die nachträgliche Vereinbarung in vollem Umfang gegen den Bürgen wirksam wird, wenn dieser die ihm durch den Vergleich zuteil gewordenen Erleichterungen für sich in Anspruch nimmt. Einen abweichenden Standpunkt nimmt hier Dernburg[8]) ein. Er schließt sich in der allgemeinen Beurteilung der Wirkung des Vergleichs der oben gekennzeichneten allgemeinen Meinung an, will jedoch einen ohne Zustimmung des Bürgen geschlossenen Vergleich nur dann gegen diesen wirken lassen, wenn der Bürge zunächst aus seiner ursprünglichen Verpflichtung in Anspruch genommen werden sollte, sich jedoch

---

7) Planck 7 zu § 770; Staudinger 3 zu § 770; Pringsheim, Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl, Gruchot 55, 21 und 26.

8) Dernburg II 2 Anm. 4 zu § 203.

auf die Abänderung seiner Verpflichtung durch den Vergleich berufen und damit Abweisung der Klage erreicht hat. Mit Recht weist Lippmann[9]) darauf hin, daß ein richterliches Urteil unnötig ist, um einem Vergleich, der einen Bürgen beschwert, diesem gegenüber verpflichtende Wirkung zu verschaffen. Wesentlich ist nur, daß der Bürge sich dem Gläubiger gegenüber in irgend einer Weise auf den Vergleich beruft. Damit genehmigt er nämlich nach dem oben in § 4 III Ausgeführten stillschweigend den Vergleich und setzt ihn damit, auch soweit er ihn beschwert, gegen sich selbst in Wirkung.

II. Änderung des Schuldverhältnisses auf Grund von Einzelgesetzen.

§ 7.

Allgemeines.

Kriegsnotrecht, Aufwertungsrecht.

I. Aus dem für das Schuldrecht geltenden Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, daß, wie die Begründung, so auch die Änderung eines Schuldverhältnisses dem Willen der Parteien überlassen ist. Wenn der Gesetzgeber sich entschließt, von sich aus durch gesetzliche Bestimmungen für Einzelfälle Schuldverhältnisse abzuändern oder die Möglichkeit einer die Zustimmung des Gläubigers nicht notwendigerweise erfordernden Abänderung zu schaffen, so liegt dies entweder in besonders schwierigen Zeitverhältnissen begründet oder aber in der Notwendigkeit, in bestimmten Fällen eines besonders schwerwiegenden Gegensatzes zwischen Schuldner- und Gläubigerinteresse einen Ausgleich zu schaffen. Dies geschieht einerseits durch Gewährung von Erleichterungen an den Schuldner, andererseits durch Gewährleistung einer möglichst gleichmäßigen Befriedigung mehrerer dem Schuldner gegenüber stehender Gläubiger. Für die gegenwärtige Zeit kommen hier in Betracht die besonderen Bestimmungen über das Konkurs-, Vergleichs- und landwirtschaftliche Entschuldungsverfahren; die Bedeutung der diesen

9) Lippmann, Arch. Ziv.Pr. 111, 208.

Verfahren eigenen Besonderheiten für die Stellung des Bürgen wird in § 9 dieser Arbeit erörtert. Für heute nicht mehr bedeutsam sind die im Kriegsnotrecht und in der Aufwertungsgesetzgebung getroffenen Bestimmungen; sie werden deshalb im folgenden nur kurz dargestellt.

II. Es wurde oben in § 5 darauf hingewiesen, daß der Bürge sich gemäß § 768 I Satz 1 auf eine dem Hauptschuldner gewährte Stundung berufen kann. Als durch einige Bestimmungen des Kriegsnotrechts[1]) die Möglichkeit richterlicher Stundungen geschaffen wurde, war jedoch die Frage, ob diese auch dem Bürgen zugute kommen, sehr bestritten. Was die Bekanntmachung vom 7. August 1914 anbetrifft, so hielten Reichel[2]) und Ortweiler[3]) eine auf Grund des § 1 dieser Bekanntmachung gewährte richterliche Stundung für nur dem Hauptschuldner gegenüber wirksam. Sie waren der Ansicht, daß die vom Richter gewährte Stundung eine höchstpersönliche Rechtswohltat sei, die, weil sie dem Gläubiger einen Nachteil bringe, nicht ohne Not auf Dritte erstreckt werden dürfe. Dem gegenüber gaben Harder[4]) und Schweitzer[5]) dem Bürgen das Recht, sich auf die Stundung zu berufen. Harder führte aus, die Stundung verändere den Bestand der Hauptverbindlichkeit; auf die Veränderung müsse sich der Bürge nach § 768 I Satz 1 berufen können. — Hinsichtlich der Bekanntmachung vom 8. Juni 1916 wurde die Ansicht, daß auch der Bürge sich auf die Stundung berufen könne, von Stillschweig[6]) und Opitz[7]) ausgesprochen, ebenso in einer Entscheidung des Reichsgerichts[8]).

---

1) Bekanntmachung über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen vom 7. August 1914 (RGBl. 1914, I, 359); Bekanntmachung über die Geltendmachung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden vom 8. Juni 1916 (RGBl. 1916, I, 454).

2) Reichel, Kriegsrecht und Bürgschaft, Recht 1915, 434.

3) Ortweiler, Zahlungsfrist und Bürgschaft, JW. 1915, 61 u. 207.

4) Harder, JW. 1914, 847 und 1915, 206 u. 290.

5) Schweitzer, Zur Bekanntmachung über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen, JW. 1915, 320 ff., bes. 322.

6) Stillschweig, Die der Hypothekenverordnung vom 8. 6. 1916 unterworfenen Rechtsverhältnisse, JW. 1916, 1067 bes. 1071.

7) Opitz, Abhängigkeit der Bürgenhaftung S. 31.

8) RGZ. 93, 91 ff. bes. 93.

Was die letztgenannte Bekanntmachung anbetrifft, so ergibt sich die Richtigkeit der von Stillschweig, Opitz und dem Reichsgericht vertretenen Ansicht schon aus dem Wortlaut der Bekanntmachung, die in § 6 ausdrücklich die Zahlungsfrist in ihren Wirkungen einer von dem Gläubiger bewilligten Stundung gleichstellt. Aber auch für die Bekanntmachung vom 7. August 1914 dürfte diese Ansicht die richtige gewesen sein. Abgesehen davon, daß die von Reichel und Ortweiler vertretene Meinung nicht im Einklang steht mit dem Grundsatz der Akzessorietät, hätte sie zu dem, gewiß unbilligen, Ergebnis geführt, daß der Bürge hätte in Anspruch genommen werden können, seinen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner mit Rücksicht auf die jenem gewährte Zahlungsfrist jedoch erst viel später hätte geltend machen können.

III. Das Aufwertungsgesetz vom 16. Juli 1925 trifft nicht für alle Arten von Ansprüchen feste Vorschriften hinsichtlich ihrer Aufwertung, bestimmt vielmehr in § 62, daß gewisse Ansprüche nach den „allgemeinen Vorschriften" aufzuwerten seien. Des Zusammenhangs wegen sollen jedoch auch die durch § 62 AG. getroffenen Fälle hier mitbehandelt werden.

Daß der Bürge für den Aufwertungsanspruch hafte, wurde allgemein anerkannt[9]). Was den Umfang der Bürgenhaftung anbetrifft, so wurde einesteils die Ansicht vertreten[10]), daß der Bürge immer nur in Höhe des Aufwertungsanspruchs hafte; der Aufwertungsanspruch stelle nämlich den jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit im Sinn des § 767 dar. Das Reichsgericht[11]) indessen sprach aus, daß nach Billigkeitsgrundsätzen, auf die ja der Aufwertungsanspruch ebenfalls zurückgehe, auch im Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen ein Interessenausgleich vorzunehmen sei, indem zu fragen sei, in welchem Maße die Geldentwertung auf die Verhältnisse des Bürgen sich günstig oder ungünstig ausgewirkt habe. Erfuhr so der Grundsatz der Akzessorietät keine strenge Durchführung, so wurde besonders für die Behandlung der durch Hypotheken ge-

9) s. etwa Mügel, § 16 S. 216; RG. in JW. 1924, 1867.

10) Schönig, Bürgschaft und Aufwertung, S. 11, und die dort Genannten.

11) Recht 1925, 316 Nr. 967; ebenso KG. in JW. 1925, 640 Nr. 8.

sicherten Ansprüche teilweise[12]) eine Ansicht vertreten, die ein völliges Abgehen von diesem Grundsatz bedeutete. Wurde nämlich auf Grund der §§ 8, 9 oder 15 AG. das dingliche Recht und die persönliche Forderung zur Vermeidung von Härten zu einem geringeren Prozentsatz als dem gesetzlich vorgeschriebenen aufgewertet, so sollte nach dieser Ansicht der Bürge trotzdem für den Aufwertungsanspruch in der Höhe, wie er sich ohne die Herabsetzung gestaltet hätte, haften; man begründete diese Ansicht mit dem Hinweis auf § 193 KO. und § 73 II VerglO. (vom 5. 7. 1927) und sagte, aus diesen Bestimmungen lasse sich der allgemeine Satz ableiten, daß der Bürge solche Einreden, die in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners ihren Grund hätten, nicht geltend machen könne. Mit Recht hielt Schönig[13]) vom Standpunkt der herrschenden Meinung aus dem entgegen, daß die genannten Bestimmungen Ausnahmevorchriften seien, die als solche schon auf Grund allgemeiner Auslegungsregel zu einer analogen Anwendung nicht verwendet werden könnten.

Im einzelnen auf die Stellung des Bürgen im Aufwertungsverfahren einzugehen, erscheint überflüssig, nachdem heute diese Frage kaum noch praktische Bedeutung hat.

§ 8.

Änderung von Schuldverhältnissen im Konkurs-, Vergleichs- und landwirtschaftlichem Entschuldungsverfahren.

Anhang:

Der Einfluß des Reichserhofgesetzes auf die Stellung des Bürgen.

I. In ihrem 6. Titel trifft die Konkursordnung Bestimmungen über den Abschluß eines Zwangsvergleichs im Konkursverfahren. Sie ordnet dabei in § 193 KO. ausdrücklich an, daß die Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden. Eine entsprechende Bestimmung findet sich für das

12) bes. von Mügel § 16 S. 218.

13) Bürgschaft und Aufwertung S. 17 mit weiteren Angaben über das Schrifttum.

gerichtliche Vergleichsverfahren zur Abwendung des Konkurses in § 82 II Satz 1 der Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935 (entsprechend dem § 73 II der Vergleichsordnung alter Fassung). Der Bürge hat also trotz des in dem Zwangsvergleich enthaltenen teilweisen Erlasses der Hauptverbindlichkeit für diese in voller Höhe weiter zu haften. Soweit er den Gläubiger befriedigt, geht zwar gemäß § 774 I die Forderung auf ihn über. Seinen Ersatzanspruch gegen den Hauptschuldner kann er jedoch nur in den durch den Vergleich gezogenen Grenzen geltend machen: Hatte z. B. ein Gläubiger 1000 RM. zu fordern, und zahlte der Hauptschuldner nach Zustandekommen eines Zwangsvergleichs auf 40% lediglich 200 RM., so daß der Bürge 800 RM. zahlen mußte, so kann er von dem Hauptschuldner lediglich Erstattung von 200 RM. verlangen; hatte der Hauptschuldner volle 400 RM. an den Gläubiger bezahlt, so kann der Bürge hinsichtlich der von ihm bezahlten 600 RM. gegen den Hauptschuldner überhaupt keinen Rückgriff nehmen[1]). Diese Folgerung spricht § 82 II Satz 2 der Vergleichsordnung ausdrücklich aus; dasselbe gilt jedoch nach Jaeger[2]) auch für das Konkursverfahren.

Die hier getroffene Regelung durchbricht den Grundsatz der Akzessorietät der Bürgenhaftung. Der schon im vorigen Paragraphen erwähnten Streitfrage, ob aus den genannten Bestimmungen in Verbindung mit § 768 I Satz 2 BGB. nicht ein allgemeiner Satz herausgelesen werden kann des Inhalts, daß solche Einreden, die ihren Grund in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners haben, dem Bürgen nicht zustehen, soll an dieser Stelle allgemein noch nicht nachgegangen werden[3]). In unserem Zusammenhang interessiert aber die Frage, ob die genannten Vorschriften analog auf einen zur Anwendung des Konkurses geschlossenen

---

1) Vogels, Kommentar zur Vergleichsordnung IV 2 a zu § 82 Vergl. O.

2) Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 6. u. 7. Aufl. 16 zu § 193, KO.; ebenso RG. in Gruchot 50, 1117 ff. bes. 1121.

3) Die Frage wird allgemein nur von Dernburg II 2 Anm. 8 zu § 287 und von v. Gierke III Anm. 61 zu § 206 bejaht. Siehe unten S. 55 der Arbeit.

außergerichtlichen Vergleich anwendbar sind. Nachdem Jaeger[4]) früher diese Frage mit Rücksicht auf die Interessen des Gläubigers bejaht hatte, wird sie heute in Rechtsprechung[5]) und Schrifttum[6]) durchweg verneint. Zutreffend wird von der heute allgemeinen Meinung betont, daß die Tatsache, daß durch den vergleichsweisen Teilerlaß das Schuldverhältnis teilweise erloschen ist, eine Weiterhaftung des Bürgen aus der Bürgschaftsübernahme nicht zuläßt, soweit nicht das Gesetz im Einzelfall dies vorschreibt. Freilich kann auch auf Grund dieser Meinung eine Weiterhaftung des Bürgen in Frage kommen, aber nur auf Grund einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, wobei es sich dann allerdings nicht mehr um eine Bürgschaft, sondern um ein andersgeartetes Schuldverhältnis, etwa eine Schuldübernahme oder einen Garantievertrag handelt[7]).

II. Das Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. 6. 1933 (Sch.RG.) behandelt im zweiten Abschnitt den Zwangsvergleich als eine Möglichkeit der Entschuldung eines landwirtschaftlichen, forstwirtschaftlichen oder gärtnerischen Betriebs. Für die Einwirkung des Zwangsvergleichs auf die Stellung des Bürgen setzt § 35 SchRG. im Gegensatz zu § 193 II KO. und § 82 II Vergl.O. fest, daß die Herabsetzung der Forderung auch für einen Bürgen wirke, soweit dieser im Fall der Befriedigung des Gläubigers einen Ersatzanspruch gegen den Betriebsinhaber haben würde. Für das Osthilfeverfahren, hinsichtlich dessen ursprünglich in § 6 der ersten Durchführungsverordnung zum Osthilfegesetz vom 12. 3. 1932 (RGBl. 1932 I, 130) eine dem § 193 KO. entsprechende Bestimmung gegolten hatte, wurde in § 7 der 6. Osthilfedurchführungsverordnung vom 7. Juli 1933 (RGBl. 1933 I, 464)

4) Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, 3. u. 4. Aufl. 5 zu § 193 KO.; außerdem Bürgschaft und Ausgleichserlaß, LZ. 1916, 526 ff.; ebenso OLG. Colmar in LZ. 1912, 568.

5) RGZ. 92, 121 ff., bes. 124; Warn. Rspr. 1916, 82 Nr. 50; JW. 1916, 479 Nr. 3.

6) RGRK. 6 zu § 767; Planck 8 zu § 767; Staudinger 7 zu § 767; Jaeger, Kommentar zur KO., 6. u. 7. Aufl. 21 zu § 193; Mentzel, Kommentar zur KO. 4 zu § 193 KO.

7) Planck 8 zu § 767; Warneyer III zu § 767; JW. 1913, 597 Nr. 11; LZ. 1914, 193.

eine dem § 35 SchRG. gleichlautende Vorschrift erlassen[8]). Die Bedeutung des § 35 SchRG. wurde in neuester Zeit durch die Verordnung über die Behandlung der Mitschuldner und Bürgen im Schuldenregelungsverfahren vom 16. 2. 1937 (RGBl. 1937 I, 238) allerdings gemindert.

§ 35 SchRG. läßt die Herabsetzung der Forderung, wie schon erwähnt, nur dann für den Bürgen wirken, wenn dieser im Fall der Befriedigung des Gläubigers einen Ersatzanspruch gegen den Betriebsinhaber haben würde. Harmening-Pätzold[9]) meint mit Rücksicht auf § 774, es sei regelmäßig ein Ersatzanspruch des Bürgen gegeben. Büsselberg-Bischof[10]) führt als Beispiel für den Ausschluß des Ersatzanspruchs den Fall an, daß der Hauptschuldner, weil nach außen kreditwürdiger als der Bürge, für diesen auf seinen Namen ein Darlehen aufnimmt, also nur formell der Hauptschuldner ist. Ein Ersatzanspruch des Bürgen besteht aber z. B. auch dann nicht, wenn er die Bürgschaft übernommen hat, um dem Hauptschuldner ein Geschenk zu machen, wenn er den Gläubiger mit Mitteln des Hauptschuldners befriedigt hat, oder wenn er zur Erfüllung dem Hauptschuldner gegenüber sonstwie verpflichtet war[11]); außerdem entfällt er dann, wenn der Bürge die ihm gegenüber dem Hauptschuldner obliegende Sorgfaltspflicht verletzte, etwa dadurch, daß er Einreden, die dem Hauptschuldner zustanden, auftragswidrig nicht vorschützte[12]).

Die Anwendbarkeit des § 35 SchRG. wurde nunmehr durch die obengenannte Verordnung vom 16. 2. 1937 dadurch eingeschränkt, daß Art. 2 dieser Verordnung dem Entschuldungsamt gestattet, auf Antrag bei der Bestätigung des Entschuldungsplans oder durch be-

---

8) Für die Osthilfeentschuldung sei übrigens bemerkt, daß diese gemäß § 95 SchRG. nunmehr den Bestimmungen des Schuldenregelungsgesetzes unterliegt.

9) Harmening-Pätzold, Landwirtschaftliche Schuldenregelung, II 4 zu § 35 SchRG.

10) Büsselberg-Bischof, Landwirtschaftliche Schuldenregelung, S. 98.

11) Planck 4 b und c zu § 774; Oertmann 1 a zu § 774; v. Gierke III Anm. 82 zu § 206; Roth, Rückgriffsrecht des Bürgen S. 53.

12) s. die Äußerungen in Anm. 11; außerdem Staudinger 5 zu § 774; RGZ. 59, 207 ff. bes. 212; Recht 1920 Nr. 1206.

sonderen Beschluß festzustellen, in welcher Weise die im Schuldenregelungsverfahren getroffene Regelung auch für einen nicht im Verfahren befindlichen Bürgen wirkt, und hierbei von der Regelung des § 35 SchRG. abzuweichen. Ein Abweichen von dieser Bestimmung ist zulässig, wenn unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, unter denen die Bürgschaft entstanden ist, der Verhältnisse des Gläubigers und der Leistungsfähigkeit des Bürgen seine gänzliche oder teilweise Freistellung von der Schuld gesundem Volksempfinden widersprechen würde. Unter denselben Voraussetzungen kann von 2 anderen Bestimmungen abgewichen werden, von denen in unserem Zusammenhang nur die eine interessiert, nämlich Art. 17 I S. 2 der siebenten Durchführungsverordnung vom 30. April 1935 (RGBl. 1935 I, 572). Diese Bestimmung setzt fest, daß ein Betriebsinhaber, der neben einem andern Bürgen eine Bürgschaft übernommen hatte, dem Mitbürgen, der den Gläubiger befriedigte, (höchstens) in dem gleichen Umfang, wie dem Gläubiger, haftet; dies allerdings auch nur soweit, als dem Mitbürgen ein Rückgriffsanspruch gegen den Betriebsinhaber zusteht.

Der Grundsatz der Akzessorietät der Bürgschaft ist auf Grund der nunmehrigen Regelung also auch auf dem Gebiet der landwirtschaftlichen Schuldenregelung durchbrochen. Wichtig ist aber, daß dieser Grundsatz hier nicht, wie in § 193 II KO. und § 82 II Vergl.O. durch eine für alle Fälle geltende Regel allgemein aufgegeben ist, sondern lediglich im Einzelfall von ihm abgewichen werden kann, um einen Ausgleich zwischen den Interessen des Gläubigers und des Bürgen zu schaffen, wobei das gesunde Volksempfinden den Maßstab für die Schaffung dieses Ausgleichs liefert. Die so getroffene Regelung ist zweifellos geeigneter, Unbilligkeiten, die infolge der strengen Durchführung des Grundsatzes der Akzessorietät, auftreten können, allerseits zu vermeiden, als die in § 193 II KO. und § 82 II Vergl.O. angeordnete Regelung.

Unter der Voraussetzung, daß der Bürge im Fall der Befriedigung des Gläubigers einen Ersatzanspruch gegen den Betriebsinhaber haben würde, gewährt Art. 5 der zweiten Durchführungsverordnung zum SchRG. vom 5. 7. 1933 (RGBl. 1933 I S. 459) dem Bürgen für die Dauer des Entschuldungsverfahrens ein Leistungsverweigerungsrecht.

III. Das Schuldenregelungsgesetz behandelt in § 14 eine weitere Möglichkeit der Änderung von Schuldverhältnissen: Nichtmündelsichere Forderungen können unter gleichzeitiger Zinsherabsetzung in unkündbare Tilgungsforderungen umgewandelt, also festgeschrieben werden. Diese Erleichterungen wirken zugunsten des Bürgen. Daß das Entschuldungsamt auf Grund Art. 2 der Verordnung vom 16. 2. 1937 auch in diesem Punkt etwas anderes bestimmen könne, läßt sich aus der Fassung des Art. 2 nicht entnehmen.

IV. Von der Änderung eines Schuldverhältnisses kann man nicht sprechen, wenn der Gesetzgeber, wie es in neuerer Zeit durch das Reichserbhofgesetz geschah, durch besondere Vorschriften Änderungn in der allgemeinen Rechtsstellung gewisser Personen eintreten läßt. Es liegt aber in diesem Zusammenhang nahe, anhangsweise zu prüfen, ob die Änderung irgend einen Einfluß auf die Stellung eines Bürgen hat.

Wird ein Landwirt Erbhofbauer, so hat dies auf die von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten nach § 38 Reichserhofgesetz (REG.) nur den Einfluß, daß ihretwegen, soweit sie Geldforderungen sind, in den Erbhof und in die auf dem Erbhof gewonnenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse nicht vollstreckt werden darf; die Verbindlichkeit selbst bleibt jedoch unverändert. Der Bürge haftet deshalb auch weiterhin. Soweit er sich selbstschuldnerisch verbürgt hat, tritt die Änderung für ihn dadurch in Erscheinung, daß er hinsichtlich der Befriedigung seines Ersatzanspruchs gegen den Hauptschuldner größere Schwierigkeiten hat. Wenn er die Bürgschaft nicht als Selbstschuldner übernommen hat, so kann dem Bürgen, wenn er die Einrede der Vorausklage geltend macht, keinesfalls die mangelnde Vollstreckbarkeit eines gegen den Hauptschuldner ergehenden Urteils entgegengehalten werden; § 38 REG. schneidet nämlich durchaus nicht die Beschreitung des Klagewegs gegenüber dem Erbhofbauern ab[13]). Einmal nämlich erstreckt sich der Vollstreckungsschutz des § 38 REG. nicht auf das erbhoffreie Vermögen des Bauern, z. B. dessen bares Geld, Sparkonto oder Forderungen aus

13) Stoll, Bauernrecht. § 14 II 1 a; Hennig, Kommentar zum REG. IV 1 b zu § 38; OLG. Dresden in JW. 1934, 1431, Nr. 6.

Lieferung von landwirtschaftlichen Erzeugnissen[14]). Dabei ist allerdings zu bemerken, daß nach § 37 der Erbhofrechtsverordnung vom 21. 12. 1936 (RGBl. I, S. 1069) die Zwangsvollstreckung in Forderungen, die dem Bauern aus dem Verkauf von Erzeugnissen des Erbhofs zustehen, oder in Miet- oder Pachtzinsforderungen, die er aus der Vermietung oder Verpachtung von Erbhofgrundstücken hat, insofern beschränkt ist, als eine Pfändung auf Antrag des Bauern aufzuheben ist, wenn er die genannten Einkünfte für sich und seine Familie zur Ernährung und Bekleidung oder aber zur Erhaltung des Wirtschaftsablaufs des Hofes braucht. Zum andern aber ist durchaus die Möglichkeit vorhanden, daß der Erbhofbauer auch ohne Vollstreckung auf ein gegen ihn ergangenes Urteil hin die geschuldete Leistung erbringt; dies wird er in manchen Fällen schon im Hinblick auf die in § 15 REG. geschaffene Möglichkeit der Abmeierung tun; der durch diese Bestimmung eingeführte Ehrenzwang ist ja das Gegenstück gegen den weitgehenden Vollstreckungsschutz[15]). Ist freilich in das erhoffreie Vermögen des Hauptschuldners erfolglos eine Zwangsvollstreckung versucht worden, oder erscheint eine solche von vornherein aussichtslos, so verliert der Bürge gemäß §§ 771 und 773 I Nr. 4 die Einrede der Vorausklage.

Zu fragen wäre noch, ob der Bürge nach Erklärung eines Hofes als Erbhof bei Vorliegen der weiteren in § 775 genannten Voraussetzungen nach § 775 I Nr. 1 Befreiung von der Bürgschaft verlangen kann. Hennig[16]) verneint dies allgemein. Zuzugeben ist, daß durch den Eintritt des Vollstreckungsschutzes die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners sich an sich nicht ändern. Indessen ist der Sinn des § 775 I Nr. 1 doch wohl der, zu ermöglichen, daß der Bürge in bestimmten Fällen dann, wenn die Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme infolge der Entwicklung der Verhältnisse des Hauptschuldners in erheblichem Grade zunimmt, sich von der Haftung befreit. Geht man hiervon aus, so darf man zu dem Vermögen im Sinne des § 775 I Nr. 1 nur diejenigen Vermögensstücke

14) Vogels, Kommentar zum REG. III 3 § 38; Dölle, Erbhofrecht, § 10 II 3; LG. Kiel in JW. 1934, 855.

15) Hennig, I zu § 38 REG.; siehe auch Stoll, Bauernrecht aaO.; Dölle, Erbhofrecht § 9.

16) Hennig III 1 zu § 38.

rechnen, die einem Zugriff im Weg der Zwangsvollstreckung offenstehen. Nachdem aber durch den Eintritt des Vollstreckungsschutzes des Reichserhofgesetzes das für eine Zwangsvollstreckung zur Verfügung stehende Vermögen auf das erbhoffreie Vermögen beschränkt ist, entspräche es m. E. mehr dem Sinne des Gesetzes, wenn man dem Bürgen dann, wenn die Hofstelle des Hauptschuldners Erbhof wird, unter den weiteren Voraussetzungen des § 775 I in d e m Fall einen Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit zubilligte, wenn das erbhoffreie Vermögen im Verhältnis zum gesamten Vermögen sehr gering ist.

III. Änderung des Schuldverhältnisses durch Verletzung des Forderungsrechts.

§ 9.

Unmöglichwerden der Leistung, Verzug des Schuldners und positive Vertragsverletzung im allgemeinen.

Anhang: Verzug des Gläubigers.

I. Wird die Erfüllung der Verbindlichkeit, für welche eine Bürgschaft übernommen ist, unmöglich, ohne daß der Hauptschuldner das Unmöglichwerden zu vertreten hat, so wird gemäß § 767 I, Satz 1 in Verbindung mit § 275 I auch der Bürge von seiner Verpflichtung frei; von der bestrittenen Frage, ob der Bürge auch dann frei wird, wenn er selbst das Unmöglichwerden verschuldet hat, soll hier zunächst nicht gehandelt werden (siehe § 10 d. Arbeit). Zu beachten ist, daß die Begriffe Vertretenmüssen und Verschulden nicht identisch sind. Wenn der Hauptschuldner ausnahmsweise für Zufall einsteht, erlischt seine Verbindlichkeit bei eintretender zufälliger Unmöglichkeit nicht, verwandelt sich vielmehr lediglich in eine Ersatzverbindichkeit; demgemäß haftet der Bürge, auch ohne daß ein Verschulden des Hauptschuldners vorliegt, für diese Ersatzverbindlichkeit gem. § 767 I, Satz 1[1]). Für den Fall, daß das Unmöglichwerden vom Hauptschuldner verschuldet ist, spricht § 767 I,

1) Enneccerus-Lehmann § 189, II, 1; siehe auch Mot. II, 664.

Satz 2 die Haftung des Bürgen für die demzufolge gemäß § 280 oder § 325 eintretende Änderung der Hauptverbindlichkeit ausdrücklich aus. Trifft beide Vertragsparteien ein Verschulden, ist also § 254 anzuwenden[2]), so ermäßigt sich auf Grund des § 767 I, Satz 1 auch die Verpflichtung des Bürgen. Auf Grund des § 767 I, Satz 1 haftet der Bürge auch für die Erfüllung des Anspruchs auf das stellvertretende Commodum, den der Gläubiger gegen den Hauptschuldner — ohne Rücksicht darauf, ob das Unmöglichwerden von diesem zu vertreten ist oder nicht — gemäß § 281 dann hat, wenn dieser infolge des Umstandes, der die Leistung unmöglich gemacht hat, Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt hat; dieser Herausgabeanspruch ist nämlich nichts anderes als der ursprüngliche, nur in Bezug auf den Leistungsgegenstand geänderte, Anspruch[3]).

Beim gegenseitigen Vertrag gibt § 325 dem Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung die Möglichkeit, anstatt Schadensersatz zu verlangen, vom Vertrag zurückzutreten. Die Rechtsfolgen, die sich aus der Erklärung des Rücktritts für den Bürgen ergeben, werden in § 13 der Arbeit im Zusammenhang erörtert.

II. Die Haftung des Bürgen für die infolge Verzugs eingetretenen Änderungen der Hauptschuld ist in § 767 I, Satz 2 ebenfalls ausdrücklich ausgesprochen. Der Bürge haftet also für den Schadensersatz, den der Gläubiger neben (§ 286 I) oder anstatt (§ 286 II, beim gegenseitigen Vertrag § 326)[4]) der Hauptleistung verlangen kann. Für Verzugszinsen haftet der Bürge sicher insoweit, als sie erst nach dem Abschluß des Bürgschaftsvertrags entstehen. Ob sich die Haftung des Bürgen auch auf diejenigen Verzugszinsen erstreckt, die zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrags schon entstanden sind, muß durch Auslegung des Bürgschaftsvertrags im Einzelfall ermittelt werden[5]), allgemeines läßt sich hierüber nicht sagen. Hat der Bürge bei der Bürgschaftsübernahme davon gewußt, daß bereits Verzugszinsen entstanden sind, und keinen Vorbehalt

---

2) Enneccerus-Lehmann § 48 I; RGZ. 71, 191; 94, 141.
3) Enneccerus-Lehmann § 46 II, 4.
4) Siehe ROLG. 18, 41.
5) Enneccerus-Lehmann § 189, II, 1; RG. in LZ. 1917, 802 Nr. 6.

gemacht, so wird man im Zweifel die Haftung für diese Zinsen bejahen müssen.

Auch bei Verzug des Schuldners steht gemäß § 326 dem Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen ein Rücktrittsrecht zu; es wird in dieser Hinsicht ebenfalls auf die Ausführungen in § 13 verwiesen.

III. Das Bürgerliche Gesetzbuch trifft keine Bestimmung darüber, was geschehen soll, wenn der Hauptschuldner in anderer Weise als durch zu vertretende Unmöglichkeit oder Verzug das Forderungsrecht des Gläubigers verletzt. Eine Erörterung der einzelnen hier in Betracht kommenden Fälle, die man unter der Bezeichnung „positive Vertragsverletzung" oder auch „Schlechterfüllung" zusammenfaßt, würde über den Rahmen der vorliegenden Abhandlung hinausgehen, desgleichen eine Darstellung der verschiedenen Konstruktionen, die zur Begründung der Haftung des Schuldners aufgestellt wurden[6]). Was bei diesen Fällen die rechtliche Behandlung, die hier allein interessiert, anbetrifft, so wird auf sie die vom Gesetz für die Fälle des zu vertretenden Unmöglichwerdens und des Verzugs getroffene Regelung angewendet, also dem Gläubiger ein Schadensersatzanspruch, beim gegenseitigen Vertrag daneben wahlweise noch ein Rücktrittsrecht, gewährt[7]). Dementsprechend gestaltet sich auch die Stellung des Bürgen genau so, wie in den oben dargelegten Fällen des Unmöglichwerdens der Leistung und des Verzugs des Schuldners[8]).

IV. Obwohl eine Forderungsverletzung hier nicht vorliegt, soll an dieser Stelle kurz auf den Fall des Gläubigerverzugs eingegangen werden, da auch hier Änderungen des bestehenden Rechtsverhältnisses eintreten, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen. Für den Bürgen hat der Gläubigerverzug die Wirkung, daß er sich auf die

---

6) Neuerdings wird der Begriff der positiven Vertragsverletzung stark bekämpft; siehe Stoll, Arch. Ziv. Pr. 136, 257 ff., besonders 314 ff.; ders. Vertrag und Unrecht, § 43 II 3 und § 47 I, 1; ders. Lehre von den Leistungsstörungen S. 122; ders. Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, Ztschr. Ak. f. D.R. 1936, 628 ff. bes. 631.

7) Enneccerus-Lehmann, § 55 II, III; Planck 4 zu § 325.

8) RG. in Recht 1913 Nr. 43.

Erleichterungen, welche die §§ 300 ff. dem Hauptschuldner gewähren, durch Einreden oder Einwendungen berufen kann. Andererseits wirkt, wenn der Gläubiger die versäumte Handlung nachholt — gemäß § 304 nötigenfalls unter Ersatz des dem Hauptschuldner erwachsenen Mehraufwands — und hierdurch den Verzug beseitigt, diese Tatsache auch gegen den Bürgen[9]); er muß insbesondere nunmehr, wenn das Nachholen der versäumten Handlung zugleich eine Mahnung an den Schuldner darstellt, und der Ausnahmefall des § 285 nicht vorliegt, die ihn belastenden Rechtsfolgen auf sich nehmen, welche der jetzt eintretende Schuldnerverzug mit sich bringt.

§ 10.

Insbesondere die vom Bürgen selbst verschuldete Unmöglichkeit der Leistung.

I. Der im Anschluß an die römischen Rechtsquellen[1]) viel erörterte Fall, daß die Unmöglichkeit der Leistung durch den Bürgen selbst verschuldet ist, legt, da sich hier eine besondere konstruktive Schwierigkeit ergibt, gesonderte Darstellung nahe. Die Schwierigkeit besteht darin, daß bei der Beurteilung ein strenges Festhalten an dem Grundsatz der Akzessorietät zu einem Ergebnis führt, das im Widerspruch steht zu der Beurteilung, die durch den Gedanken von Treu und Glauben gefordert wird. In der Rechtsprechung sind Fälle solcher Art, soweit bekannt, noch nicht behandelt worden. Auch theoretisch gesehen lassen sich nur wenige derartige Fälle denken. Es sind die Fälle, daß der Bürge eine ihm gehörende oder eine ihm zwar nicht gehörende, aber in seinem Besitz befindliche, vom Hauptschuldner zu leistende Speziessache schuldhaft zerstört oder sie an einen gutgläubigen Dritten veräußert.

II. Verschuldet der Bürge selbst die Unmöglichkeit der Leistung, so wird meistens eine unerlaubte Handlung vorliegen, die ihn gemäß § 823 dem Hauptschuldner gegenüber oder gemäß § 826 dem Hauptschuldner oder auch dem Gläubiger gegenüber zum Schadens-

9) Reichel, Schuldmitübernahme S. 466.

1) Dig. 46, 3, 95, 1; Dig. 45, 1, 88; 91, 4; Dig. 4, 3, 19; Dig. 46, 3, 38, 4.

ersatz verpflichtet. Ist er lediglich dem Hauptschuldner gegenüber schadensersatzpflichtig, so kann der Gläubiger gemäß § 281 Abtretung des dem Hauptschuldner zustehenden Anspruchs auf das stellvertretende Commoum verlangen. Nicht immer kommt jedoch eine Haftung des Bürgen auf Grund unerlaubter Handlung in Betracht, besonders dann, wenn dem Bürgen nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, § 826 also nicht angewendet werden kann, und § 823 deshalb ausscheidet, weil der Bürge durch sein Verhalten lediglich ein Forderungsrecht des Hauptschuldners verletzt hat. Aber auch dann, wenn der Bürge aus unerlaubter Handlung haftet, stellt sich der Gläubiger wesentlich schlechter, als wenn er den Bürgen noch aus dem Bürgschaftsvertrag in Anspruch nehmen könnte: er trägt die Beweislast für das Verschulden des Bürgen, während ihm sonst § 282 zustatten käme; sein Anspruch verjährt schon in drei Jahren (§ 852), während im andern Fall die Verjährungsfrist 30 Jahre betragen würde. Ist schließlich für die Bürgschaftsschuld eine Nachbürgschaft oder eine sonstige Sicherheit bestellt, so geht der Gläubiger, wenn der Bürge nur auf Grund unerlaubter Handlung haftet, dieser weiteren Sicherung verlustig.

III. Im Schrifttum wird hierzu in folgender Weise Stellung genommen:

1. Die weitaus herrschende Meinung[2]) vertritt den Standpunkt, daß der Bürge in diesem Fall ohne Rücksicht darauf, ob er aus unerlaubter Handlung hafte oder nicht, aus dem Bürgschaftsvertrag weiterhafte, trotzdem gemäß § 275 die Hauptschuld erloschen sei. Zur Begründung wird meist vorgebracht, daß die Verpflichtung des Bürgen, für die Erfüllung der Hauptschuld einzustehen, ihn nach Treu und Glauben dazu verpflichte, sorgfältig alles zu vermeiden, was die Erfüllung hindern könnte (so Enneccerus-Lehmann und die meisten andern in Anm. 2 aufgeführten Schriftsteller); teilweise wird zur Begründung auch auf die Analogie zu § 162 II hingewiesen (so Oertmann). Es wird auch auf die römischen Juristen Papi-

2) RGRK. 1 zu § 767; Planck 8 b δ zu § 765; Staudinger 6 b zu § 765; Oertmann 2 c zu § 767; Enneccerus-Lehmann § 189 I 3; Crome II § 289, 1; v. Gierke III Anm. 55 zu § 206; Titze, Kr. V. J. Schr. 45, 362/63; Siber, Rechtszwang S. 241.

nian und Paulus verwiesen, welche denselben Standpunkt vertraten[3]).

2. Dem gegenüber betonen einige wenige Schriftsteller[4]), daß der Bürge seiner Haftung aus dem Bürgschaftsvertrag auch dann ledig werden müsse, wenn er selbst die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet habe. Ihrer Ansicht nach darf auch in diesem Fall von dem Grundsatz der Akzessorietät nicht abgewichen werden.

3. Beachtlich ist auch die Deutung, die Geib[5]) der Stellungnahme der genannten römischen Juristen zuteil werden läßt. Er nimmt an, daß, wenn der Bürge die Unmöglichkeit der Hauptschuld verschuldet habe, diese nicht absolut, sondern nur relativ untergehe, und zwar dergestalt, daß der Gläubiger zwar nicht dem Hauptschuldner, wohl aber dem Bürgen gegenüber, auch nach dem Erlöschen der Hauptschuld als aus dem Hauptschuldverhältnis berechtigt auftreten dürfe. Für das geltende Recht freilich läßt sich Geib's Annahme eines nur relativen Untergangs der Hauptverbindlichkeit nicht vertreten, da sie der gesetzlichen Stütze entbehrt.

IV. Beide für das geltende Recht vertretenen Ansichten können sich auf gewichtige Gründe berufen; daß die Entscheidung für die eine oder andere Ansicht nicht ohne weiteres auf der Hand liegt, geht schon aus dem Umstand hervor, daß auch die Motive es ablehnen, eine Entscheidung zu treffen, vielmehr diese Aufgabe der Wissenschaft zuweisen[6]).

Die Ansicht, wonach der Bürge aus Vertrag weiterhaftet, scheint mir den Vorzug zu verdienen. Wie Planck[7]) ausführt, besteht neben der Hauptverpflichtung des Bürgen, für die Erfüllung der

---

3) Dig. 46, 3, 95, 1; Dig. 45, 1, 88; 91, 4; Dig. 4, 3, 19; Dig. 46, 3, 38, 4.

4) Kisch, Kr. V. J. Schr. 44, 523; Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse, § 10 V 1; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, S. 110 ff.

5) Geib, Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, S. 100 f.

6) Mot. II, 666.

7) Planck, 8 b δ zu § 765.

Hauptverbindlichkeit einzustehen, eine Nebenverpflichtung[8]), wonach er alles zu unterlassen hat, was die Erfüllung der Hauptschuld hindern könnte. Eine solche Nebenverpflichtung findet sich als Kehrseite der positiven Leistungspflicht auch bei andern Schuldverhältnissen[9]). Gerade in neuerer Zeit ist ja im Schrifttum der Gedanke besonders herausgearbeitet worden, daß bei einem Schuldverhältnis neben der Leistungspflicht des Schuldners noch besondere Schutzpflichten bestehen, die der Abwehr von Schädigungen dienen, die aus Anlaß der Vorbereitung und Durchführung eines Vertrags entstehen können[10]). Als solche Schutzpflicht erscheint auch die soeben gekennzeichnete Nebenverpflichtung des Bürgen. Die Schutzpflichten sind aber unabhängig vom Bestand des Vertrags; Ansprüche aus der Verletzung einer Schutzpflicht bestehen weiter, auch wenn der zugrundeliegende Vertrag nicht mehr besteht[11]). Demnach haftet der Bürge, auch wenn die Hauptschuld erloschen ist, wegen Verletzung seiner Schutzpflicht aus dem Bürgschaftsvertrag weiter. Diese vertragliche Haftung besteht auch dann weiter, wenn der Bürge außerdem aus unerlaubter Handlung haftet. Eine Haftung aus Vertrag und zugleich aus unerlaubter Handlung ist ja durchaus möglich[12]).

---

8) Siber, Rechtszwang S. 241, bestreitet das Bestehen einer Nebenverpflichtung und stellt nur auf Verschulden des Bürgen bei Erfüllung der positiven Verbindlichkeit ab.

9) Siehe Enneccerus-Lehmann § 4, 2.

10) Stoll, Ztschr. Ak. f. D. R., 1936, S. 630; ders. Lehre von den Leistungsstörungen, S. 27 ff.; ders. Vertrag und Unrecht S. 126.

11) Stoll, Vertrag und Unrecht, S. 173 und 215.

12) RGRK. 6 zu § 276 und Vorbem. 4 a zu § 823, sowie die dort angegebenen Stellen aus der Rechtsprechung; besonders RGZ. 88, 433.

Dritter Abschnitt.

Vorgänge, die das Erlöschen des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Hauptschuldner bewirken.

§ 11.

Erlöschen der Hauptschuld auf Grund der im BGB. geregelten Erlöschensgründe.

Anhang: Schuldübernahme, Forderungsabtretung.

I. Das Ziel des Schuldverhältnisses ist die Bewirkung der geschuldeten Leistung. Wird diese Leistung erbracht, so erlischt gemäß § 362 das Schuldverhältnis. Damit erlischt gemäß § 767 I, Satz 1 auch die Bürgschaftsverpflichtung, und zwar endgültig; es ist daher nicht möglich, die Verpflichtung des Bürgen auf dem Weg wiederherzustellen, daß derjenige, der die Leistung bewirkt hat, sie im Einverständnis mit dem Gläubiger wieder rückgängig macht[1]).

Ist die Hauptschuld durch Bewirkung der geschuldeten Leistung erloschen, und erbringt der Bürge hernach in Unkenntnis der Erfüllung eine Leistung an den Gläubiger, so steht ihm diesem gegenüber auf Grund des § 812 ein Bereicherungsanspruch zu.

II. Unter bestimmten, in § 372 näher bezeichneten, Voraussetzungen kann der Hauptschuldner, anstatt die Leistung zu bewirken, die geschuldete Sache hinterlegen. Es ist dabei zu beachten, daß gemäß § 378 eine Befreiung des Hauptschuldners und damit auch des Bürgen erst dann eintritt, wenn die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen ist, allerdings dann rückwirkend auf den Zeitpunkt der Hinterlegung (§ 378). Solange die Rücknahme nicht

1) Planck 8 b α zu § 765.

ausgeschlossen ist, hat der Hauptschuldner gemäß § 379 I das Recht, den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen. Die ihm damit gegebene verzögerliche Einrede steht gemäß § 768 I, Satz 1 auch dem Bürgen zu.

III. Kann die Hauptschuld durch Aufrechnung getilgt werden, so interessiert neben dem Zustand, der durch den Vollzug der Aufrechnung für den Bürgen geschaffen wird, vor allem die Rechtslage, die für ihn v o r Vollzug der Aufrechnung während der Dauer der Aufrechnungslage besteht.

1. Da durch die Aufrechnung die Hauptschuld getilgt wird, erlischt auch die Bürgschaftsverpflichtung. Auf die vollzogene Aufrechnung kann sich also der Bürge jederzeit gemäß § 768 I, Satz 1 berufen, wenn er vom Gläubiger auf Zahlung belangt wird; gleichgültig ist dabei, ob die Aufrechnung von dem Gläubiger oder von dem Hauptschuldner erklärt wurde[2]). Hat der Bürge aber dem Gläubiger das Recht eingeräumt, von ihm Sicherheitsleistung für die verbürgte Forderung zu verlangen, bevor der Hauptschuldner überhaupt in Anspruch genommen wird, so kann er sich einer nur auf Sicherheitsleistung gerichteten Klage gegenüber nicht darauf berufen, daß der Hauptschuldner gegen die Forderung des Gläubigers die Aufrechnung erklärt habe[3]). Bewirkt der Bürge in Erfüllung seiner Bürgschaftsverpflichtung eine Leistung an den Gläubiger, nachdem die Aufrechnung bereits vollzogen und deshalb die Hauptschuld bereits erloschen ist, so kann er das Geleistete wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Gläubigers gemäß § 812 zurückfordern[4]).

2. Die vor dem Vollzug der Aufrechnung für den Bürgen bestehende Lage regelt das Gesetz insoweit, als es ihm in § 770 II das Recht gibt, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Ist der H a u p t s c h u l d n e r (allein oder neben dem Gläubiger) in der Lage, die

---

2) Planck 2 d zu § 770.
3) RG. in LZ. 1917, 675 Nr. 16.
4) RGRK. 3 zu § 770; Planck 2 d zu § 770; Oertmann 3 zu § 770.

Aufrechnung zu erklären, so ist so viel sicher, daß der Bürge anstatt des Hauptschuldners die Aufrechnung nicht vollziehen kann; diese stellt nämlich eine Verfügung über das Forderungsrecht des Hauptschuldners dar, und zu einer solchen ist der Bürge nicht berechtigt[5]). Strittig ist jedoch, ob die aufschiebende Einrede des § 770 II auch dann dem Bürgen zu gewähren sei, wenn nur dem Hauptschuldner, nicht aber dem Gläubiger, die Aufrechnungsbefugnis zusteht, was dann der Fall ist, wenn seine Forderung gegen den Gläubiger aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung desselben herrührt (§ 393), oder wenn sie unpfändbar ist (§ 394 S. 1). Einige Schriftsteller[6]) bejahen die entsprechende Anwendung des § 770 II aus Billigkeitsgründen unter Hinweis darauf, daß es nicht gerechtfertigt sei, eine (bei Nichtanwendung des § 770 II eintretende) schärfere Haftung dem Bürgen gerade dann aufzuerlegen, wenn die Verbindlichkeit des Gläubigers aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung herrühre; auch die Ähnlichkeit mit dem Fall des § 770 I wird zur Begründung dieser Ansicht herangezogen (so Enneccerus-Lehmann a.a.O.). Die herrschende Meinung[7]) jedoch lehnt die entsprechende Anwendung des § 770 II ab. Sie macht geltend, der Grundgedanke des § 770 II sei derselbe wie der des § 772 II, der nämlich, daß der Gläubiger den nächstliegenden Weg zu seiner Befriedigung benützen solle; aus diesem Grunde sei die in § 770 II getroffene Regelung nur da am Platze, wo der Gläubiger tatsächlich eine Möglichkeit habe, sich, ohne den Bürgen behelligen zu müssen, für seine Forderung auf einfacherem Weg Befriedigung zu verschaffen.

---

5) RGRK. 1 zu § 770; Planck 2 zu § 770; Oertmann 1 zu § 770; RGZ. 59, 207 ff., bes. 210; Recht 1904, 552 Nr. 2375; Hölder, Ansprüche und Einreden Arch. ziv. Pr. 93, 122.

6) Oertmann (5. Aufl.) 4 b zu § 770; Warneyer II zu § 770; Crome II Anm. 46 zu § 296; Enneccerus-Lehmann § 190 II 2; Lippmann, Einheitsschuld und Mehrheitsschuld, Arch. ziv. Pr. 111, 198; Siber, Schuldrecht § 39 I 3 a δ und in JW. 1932, 3761 (a. A. noch in Kompensation und Aufrechnung, S. 130).

7) RGRK. (8. Aufl.) 3 zu § 770 (anders 5. Aufl.); Planck 2 b zu § 770; Langheineken, Anspruch und Einrede, S. 134; Schulz, Leistungsverweigerungsrecht, Gruchot 50, 269 ff.; Mantey, Anwendung des § 770 II BGB., Gruchot 50, 545; RGZ. 137, 36.

Die herrschende Lehre hat, indem sie sich auf den Wortlaut des § 770 II und die Ähnlichkeit zu § 772 II stützt, wohl die triftigeren Gründe für sich. Wenn Enneccerus-Lehmann die Fassung des Wortlauts des § 770 II damit begründet, daß der Gesetzgeber die wenigen Fälle, in denen nur der Hauptschuldner zur Aufrechnung berechtigt sei, übersehen habe, so scheint mir dies im Hinblick auf die Tatsache, daß das Gesetz sich in zwei Paragraphen ausdrücklich mit diesen Fällen befaßt, wenig einleuchtend zu sein. Auch eine Prüfung der Interessenlage im allgemeinen stützt die herrschende Lehre. Gegenüber dem Grundgedanken, daß der Gläubiger bei Nichterfüllung seitens des Hauptschuldners sich an den Bürgen solle halten können, geht die in § 770 I und § 772 II S. 1 getroffene Regelung offenbar auf den Gedanken zurück, daß der Bürge auf Kosten des Gläubigers dann geschont werden müsse, wenn entweder noch nicht feststeht, ob die Hauptschuld überhaupt besteht (Fall des § 770 I) oder wenn der Gläubiger sich auf einfacherem Weg Befriedigung verschaffen kann. Im übrigen, also auch im vorliegenden Fall, besteht kein Grund, die Stellung des Gläubigers zu beeinträchtigen. Die Unbilligkeit für den Bürgen wird überdies dadurch gemindert, daß dieser, auch soweit nur der Hauptschuldner aufrechnen kann, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts (§ 273) gemäß § 768 I S. 1 geltend machen kann, wenn, was häufig zutreffen wird, die Forderungen des Hauptschuldners und des Gläubigers aus dem selben rechtlichen Verhältnis entspringen[8]).

Zahlt der Bürge vor Vollzug der Aufrechnung, so tilgt er eine tatsächlich bestehende Verbindlichkeit. Ein Rückforderungsrecht wegen ungerechtfertigter Bereicherung steht ihm deshalb, auch wenn er in Unkenntnis des Bestehens der Aufrechnungslage gehandelt hat, nicht zu[9]).

IV. Die Schuld erlischt weiterhin dadurch, daß der Gläubiger durch Vertrag sie dem Hauptschuldner erläßt; dadurch wird auch der Bürge befreit.

---

8) RGRK. 3 zu § 770; Oertmann 4 b zu § 770; Planck 2 b zu § 770; RGZ. 137, 36; 62, 51 ff., bes. 54.

9) RGRK 3 zu § 770; Planck 2 d zu § 770; Oertmann 3 zu § 770. Äußerungen aus der Rechtsprechung sind zu dieser Frage nicht bekannt,

Möglich ist der Fall, daß der Gläubiger dem Hauptschuldner die Schuld erläßt, sich seine Rechte gegen den Bürgen jedoch vorbehält. Der Vorbehalt, der dem akzessorischen Charakter der Bürgschaft widerspricht, schafft eine ähnliche Rechtslage wie der oben § 5 II besprochene Fall der Gewährung von Stundung an den Hauptschuldner unter Vorbehalt der Rechte gegen den Bürgen; es muß deshalb wohl auch die Beurteilung dieselbe sein. Um so mehr wundert man sich, daß das Reichsgericht, das, wie oben dargelegt, eine Stundung unter Vorbehalt der Rechte gegen den Bürgen als auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet und deshalb nichtig ansieht, die Wirksamkeit eines solchen Erlasses bejaht[10]) und nur den Vorbehalt für unwirksam erklärt. Wenn das Reichsgericht im Falle der Stundung unter Vorbehalt sich von dem Gedanken der Einheitlichkeit der Willenserklärung, durch welche die Stundung ausgesprochen wird, leiten läßt, so müßte derselbe Gedanke doch auch hier maßgebend sein. Daß der Erlaß im ganzen unwirksam ist, wenn der Vorbehalt geradezu als Bedingung erscheint, hebt Planck a.a.O. hervor, dies erscheint selbstverständlich. M. E. wäre es jedoch so, wie es auch in dem Fall der Stundung unter Vorbehalt als angebracht erschien, richtiger, in jedem Fall durch Auslegung gemäß § 139 festzustellen, ob der Erlaß auch ohne jenen Vorbehalt zustande gekommen wäre; die Beweislast dafür, daß der Erlaß auch ohne jenen Vorbehalt gewährt worden wäre und demnach wirksam sei, hätten der Hauptschuldner, und, wenn der Bürge in Anspruch genommen werden soll, der Bürge. Dieser Ansicht ist wohl auch Düringer-Hachenburg, wenn er einen solchen Erlaß als unwirksam bezeichnet, „wenn dieser Vorbehalt die Bedingung des Erlasses war und anzunehmen ist, daß der Gläubiger ohne den ungültigen Vorbehalt den Erlaß nicht vorgenommen haben würde" (§ 139)[11]).

V. Das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Hauptschuldner kann, ohne daß die Hauptschuld erlischt, dadurch endigen, daß die Schuld von einem Dritten übernommen oder die Forderung vom Gläubiger an einen Dritten abgetreten wird. Die Abtretung der For-

---

10) JW. 1908, 87 Nr. 24; JW. 1913, 597 Nr. 11; so auch Planck 8 b β zu § 765; Reichel, Schuldmitübernahme S. 501/2.

11) Düringer-Hachenburg 18 zu § 349 HGB.

derung ist ohne Einfluß auf eine für sie bestellte Bürgschaft (§ 401 I). Bei der Schuldübernahme dagegen besteht eine etwaige Bürgschaft nur weiter, wenn der Bürge einwilligt (§ 418 I). Diese Regelung ist verständlich, denn das Eintreten eines neuen Gläubigers kann sich für den Bürgen, rechtlich gesehen, nicht nachteilig auswirken, während durch einen Wechsel in der Person des Hauptschuldners sich für den Bürgen das eingegangene Risiko vergrößern kann.

§ 12.

Erlöschen der Hauptschuld infolge sonstiger Gründe; insbesondere die Bedeutung des Untergangs einer juristischen Person.

I. Als ein im BGB. nicht geregelter Erlöschensgrund eines Schuldverhältnisses ist zunächst die Novation oder Schuldersetzung zu nennen, bei der, wie schon oben § 4, I dargelegt, die Schuld vertraglich aufgehoben und durch eine neue ersetzt wird. Daß die Novation, die im römischen Recht eine so große Rolle spielte, sich auch auf der Grundlage des BGB. denken läßt, wird zwar von manchen bezweifelt[1]), muß aber im Hinblick auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit bejaht werden[2]). Die Schuldersetzung bewirkt, daß die Verpflichtung des Bürgen erlischt.

II. Auf die Bürgschaftsverpflichtung ohne Einfluß ist im allgemeinen der Tod des Hauptschuldners oder des Gläubigers, da hier regelmäßig Beerbung stattfindet, die Hauptschuld also nicht erlischt. Die Hauptschuld erlischt allerdings im Fall des Todes des Beauftragten (§ 673); hier erlischt demgemäß auch die Bürgschaftsverpflichtung. In allen anderen Fällen kann der Tod des Hauptschuldners oder des Gläubigers nur dann ein Erlöschen der Hauptschuld zur Folge haben, wenn gerade der Hauptschuldner den Gläubiger beerbt oder umgekehrt; in allen Fällen der Vereinigung von Schuld und Forderung erlischt ja die Forderung. Beerbt der Gläubiger den Hauptschuldner, so kann übrigens je nach der Gestaltung des der

1) So Heck, Schuldrecht § 74, 7.

2) RG. in JW. 1928, 166 Nr. 22; Planck 3 zu § 364; Düringer-Hachenburg 19 zu § 349 HGB.

Bürgschaft zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses ein Rückgriffsrecht des Gläubigers gegen den Bürgen in Betracht kommen, z. B. dann, wenn das verbürgte Darlehen dem Bürgen zugute kam, d. h., wenn der Hauptschuldner das Darlehen für den Bürgen aufnahm, weil Letzterer nach außen nicht kreditwürdig erschien[3]). Die Fälle, daß der Bürge den Hauptschuldner oder Gläubiger beerbt oder umgekehrt, können an dieser Stelle unerörtert bleiben, da es sich hier nicht um Vorgänge zwischen Gläubiger und Hauptschuldner handelt.

III. Ist der Hauptschuldner eine juristische Person, so wird durch deren Untergang eine Bürgschaft in der Regel so wenig beeinflußt, wie etwa durch den Tod des Hauptschuldners, da die erforderlichen Bestimmungen für die Abwicklung der Geschäfte von juristischen Personen gesetzlich getroffen sind, die Schulden also nicht etwa durch den Untergang des Hauptschuldners erlöschen. Indessen kann es auch Ausnahmen geben. Düringer-Hachenburg[4]) bespricht den Fall der Beendigung des Konkurses einer schuldenden Aktiengesellschaft durch Ausschüttung der Masse und Eintragung der Beendigung des Konkurses ins Handelsregister (§ 163 KO.; § 32 HGB.). Da mit der Eintragung der Konkursbeendigung die Firma erlischt, erlöschen auch deren Verbindlichkeiten und die hierfür gestellten Bürgschaften.

IV. Einen weiteren Ausnahmefall hat die neueste Zeit geschaffen und damit grundsätzliche Auseinandersetzungen über die Akzessorietät der Bürgschaft veranlaßt. In einer Entscheidung vom 20. Mai 1935[5]) hatte das Reichsgericht die Klage gegen einen Bürgen, der sich für Verbindlichkeiten verbürgt hatte. die gegen einen marxistischen Verein aus Kreditgewährung entstanden waren, abgewiesen. Nachdem der Verein auf Grund der Verordnung zum Schutze von Volk und Staat vom 8. Februar 1933 (RGBl. I S. 83) aufgelöst, und sein Vermögen auf Grund der Gesetze vom 26. Mai 1933 (RGBl. I S. 293) und 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 479) eingezogen war,

3) Planck 8 b e zu § 765.
4) Düringer-Hachenburg 19 zu § 349 HGB.
5) JW. 1935, 2625 Nr. 8.

waren nach der schon in dieser Entscheidung zum Ausdruck gebrachten Auffassung mit dem Wegfall des Hauptschuldners auch die Forderungen gegen diesen erloschen, was auch die Bürgschaftsverpflichtung hatte erlöschen lassen. Vorab sei bemerkt, daß diese Ansicht inzwischen geltendes Recht geworden ist. Das Gesetz über die Gewährung von Entschädigungen bei der Einziehung oder dem Übergang von Vermögen vom 9. Dezember 1937 (RGBl. I S. 1333) bestimmt in § 4, daß juristische Personen, Gesellschaften oder nicht rechtsfähige Vereine, deren Vermögen eingezogen worden ist, mit der Einziehung als aufgelöst gelten; in § 5 des genannten Gesetzes ist dann weiter bestimmt, daß Forderungen gegen die in § 4 bezeichneten Vermögensträger als erloschen gelten und ebenso die zur Sicherung oder Gewährleistung solcher Forderungen bestehenden Bürgschaften und sonstigen Verbindlichkeiten. Vor Erlaß dieses Gesetzes war die Ansicht des Reichsgerichts jedoch durchaus nicht unbestritten. So stellte sich Schneider[6]) in einer Besprechung der genannten Entscheidung auf den Standpunkt, daß die Bürgschaftsverpflichtung trotz der Auflösung des Vereins fortbestanden habe. Er führte dazu aus: einmal gebrauche das Gesetz vom 26. Mai 1933 in § 4, in welchem es Bestimmungen über den Ausgleich von Härten traf, die Worte: „Gläubiger" und „befriedigen"; daraus gehe hervor, daß der Gesetzgeber selbst den Fortbestand der Schulden des aufgelösten Vereins annehme. Sodann entfalle mit dem Wegfall der Haftung nicht auch ohne weiteres die Schuld selbst. Außerdem sei die untrennbare Verbindung von Aktiven und Passiven eines Vermögens ein zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung. Deshalb seien im vorliegenden Fall die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners nicht erloschen, sondern, allerdings ohne Haftung, auf das einziehende Land übergegangen. — Demgegenüber führte Hoche[7]) aus, daß aus der Terminologie des Gesetzes vom 26. Mai 1933 der von Schneider gezogene Schluß nicht gerechtfertigt werden könne, da die Ausdrücke „Gläubiger" und „befriedigen" auf den Zeitpunkt der Auflösung des Vereins abstellen. Im übrigen trat Hoche unter Berufung auf die staatspolitischen Zwecke

6) JW. 1935, 2625.
7) JW. 1935, 2627.

der Einziehungsgesetze der Entscheidung des Reichsgerichts bei. — Unter Ablehnung der vom Reichsgericht, von Hoche und von Schneider geltend gemachten Gründe pflichtete sodann Schlüter[8]) im Ergebnis der Entscheidung des Reichsgerichts bei. Er führte zur Begründung aus, daß dann, wenn die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners begründet sei, die für die Verbindlichkeit übernommene Bürgschaft fortbestehe, daß sie jedoch dann, wenn die Nichterfüllung der Hauptschuld, wie im vorliegenden Fall, durch andere Gründe verursacht sei, erlösche. Für Schlüter war der Gedanke maßgebend, daß dem Bürgen alle, andererseits aber auch n u r diejenigen Rechtsbehelfe zu versagen seien, gegen welche die Bürgschaft gerade Schutz gewähren solle.

Obgleich der Meinungsstreit durch das inzwischen erlassene Gesetz vom 9. Dezember 1937 gegenstandslos geworden ist, erscheint es nicht unangebracht, auch heute noch zu den dabei grundsätzlich geäußerten Ansichten Stellung zu nehmen.

Soweit Schneider aufdie Terminologie des Gesetzes vom 26. Mai 1933 verwies, ist es ohne weiteres einleuchtend, wenn Hoche den hieraus gezogenen Schluß ablehnte; es lag für den Gesetzgeber nahe, auch für die Zeit, in welcher eine Forderung nicht mehr bestand, zur Kennzeichnung von Rechtsbeziehungen, die mit der früher bestandenen Forderung in Zusammenhang standen, der Kürze des Ausdrucks wegen diejenigen Bezeichnungen zu verwenden, die zur Zeit des Bestandes der früheren Forderung zutrafen. Auch mit dem Hinweis auf die gegenseitige Unabhängigkeit von Schuld und Haftung konnte Schneider seiner Ansicht keine genügende Stütze geben. Au dsem geltenden Recht — und auf dieses allein darf abgestellt werden — konnte Schneider als Beispiele für Schulden ohne Haftung nur die Schuldverhältnisse aus Ehemäkelei, Spiel, Wette und Differenzgeschäft anführen, außerdem die durch Zwangsvergleich herabgesetzten Schuldverhältnisse hinsichtlich des über die Vergleichsquote hinausgehenden Restbetrags, sowie schließlich die Schuld des Erben, der von seiner Haftungsbeschränkung Gebrauch

8) Schlüter, Einfluß des Erlöschens juristischer Personen auf Bürgschaften, JW. 1935, 3282/3.

gemacht hat, nach Ausschüttung der Masse im Weg des Nachlaßkonkurses, der Nachlaßverwaltung oder der §§ 1990 ff. Allein hier ist das Fehlen der Erzwingbarkeit der Leistung auf besondere Umstände zurückzuführen, nämlich in den erstgenannten Fällen auf die Eigenart des Entstehungsgrundes der Verbindlichkeit, die den Gesetzgeber veranlaßte, den Gläubiger für weniger schutzwert zu erachten, in den andern Fällen auf den Gedanken, daß, wenn auch eine Befriedigung des Gläubigers aus dem vorhandenen Vermögen nicht möglich ist, immerhin ein Vermögensträger bestehen bleibt, durch welchen Leistungen unter Umständen doch noch vorgenommen werden; erfolgen solche, so hat der Gesetzgeber keinen Grund, sie nicht als in Erfüllung der ursprünglichen Verbindlichkeit vorgenommen zu betrachten. Soweit aber, wie im vorliegenden Fall solche besonderen Umstände fehlen, darf der Gedanke der gegenseitigen Unabhängigkeit von Schuld und Haftung für das geltende Recht zu allgemeinen Schlüssen nicht verwertet werden. Diesem Standpunkt steht auch nicht die von Schneider angeführte Tatsache entgegen, daß Schulden ohne Haftung durch Rechtsgeschäft begründet werden können; dies entspricht dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Auch der weiter von Schneider angeführte Umstand, daß nach unserer Rechtsordnung die Aktiven und Passiven eines Vermögens unzertrennlich verbunden sind, reichte nicht hin, um seine Ansicht zu begründen, denn dieser Grundzug unserer Rechtsordnung kann den Gesetzgeber nicht hindern, aus besonderen Gründen eine abweichende Regelung zu treffen. — Erweist sich so die Begründung Schneiders als nicht durchschlagend, so erscheinen andererseits aber auch die Ausführungen Schlüters, obwohl er zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangte, als nicht zutreffend. Schlüter ließ es dahingestellt, ob Dernburgs Ansicht, wonach alle in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners begründeten Einreden auf den Hauptschuldner beschränkt seien[9]), richtig sei. Er nahm jedoch als sicher an, daß die Berufung auf diejenigen Rechtsbehelfe, gegen welche die Bürgschaft Schutz gewähren soll, dem Bürgen verwehrt sei, und bestimmte von diesem Ausgangspunkt aus seine Stellungnahme zu dem Urteil des Reichsgerichts. Was nun

9) Siehe § 8 I der Arbeit, insbes. Anm. 5 hierzu.

zunächst die Meinung Dernburgs, die sonst nur noch in v. Gierke einen Vertreter hat, anbetrifft, so hat diese die Entstehungsgeschichte des BGB. gegen sich: ein der Ansicht Dernburgs entsprechender Antrag wurde in der zweiten Kommission abgelehnt[10]). Aber auch Schlüters Ansicht dürfte nicht völlig das richtige treffen. Daß im Einzelfall die Bürgschaft nach dem Willen der Parteien so gestaltet sein kann, daß gewisse Rechtsbehelfe, gegen welche die Bürgschaft sichern soll, dem Bürgen nicht zustehen sollen, ist durchaus möglich. Unrichtig ist es aber wohl, wenn man mit Schlüter allgemein gewisse Rechtsbehelfe dem Bürgen versagen will. Man muß davon ausgehen, daß das Gesetz die Bürgschaft streng akzessorisch gestaltet hat, und die wenigen Fälle, in denen zum Schutz gegen Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners ein Abgehen von dem Grundsatz nötig schien, erschöpfend aufgezählt und behandelt hat. Soll nun der akzessorische Charakter der Bürgschaft, der an sich nicht wegbedungen werden kann, im Einzelfall gemildert werden dadurch, daß dem Bürgen die Berufung auf gewisse Rechtsbehelfe verwehrt werden soll, so kann dies nur geschehen durch entsprechende Vereinbarung der Parteien beim Abschluß des Bürgschaftsvertrags. Es ist deshalb jeweils im Einzelfall festzustellen, ob eine solche Vereinbarung getroffen wurde[11]); die Beweislast bezüglich des Abschlusses dieser Vereinbarung muß dabei den Gläubiger treffen. Ist aber so von dem Fall, daß dem Bürgen alle Einreden des Hauptschuldners zustehen, als Regelfall auszugehen, und muß es dem Gläubiger überlassen bleiben, zu beweisen, daß eine die Akzessorietät der Bürgschaft einschränkende Vereinbarung getroffen worden sei, so war es unrichtig, wenn Schlüter annahm, die Bürgschaft sei ausnahmsweise deshalb erloschen, weil die Nichterfüllung der Hauptverbindlichkeit in dem vorliegenden besonderen Fall nicht auf wirtschaftliche Unzulänglichkeit des Hauptschuldners zurückzuführen sei. Richtig war vielmehr die Begründung, mit welcher das Reichsgericht in jener Entscheidung die Klage gegen den Bürgen abwies. Es nahm als Ausgangspunkt den Grundsatz der Akzessorietät; da das Bestehen einer diesen Grund-

10) Dernburg II, 2, Anm. 8 zu § 287.
11) So wohl auch Enneccerus-Lehmann, Anm. 10 zu § 189.

satz in der oben angegebenen Weise einschränkenden Vereinbarung nicht behauptet wurde, hatte es sich mit diesem Punkt, der allein eine andere Entscheidung hätte bedingen können, überhaupt nicht zu befassen. Wenn nun aber festgestellt werden mußte, daß die Hauptschuld infolge Wegfalls des Hauptschuldners erloschen war — ein Erlöschungsgrund, der im System des BGB. bis dahin unbekannt war[12]), aber mangels einer anderweitigen Regelung den dort behandelten Erlöschensgründen gleich geachtet werden mußte —, so konnte die Entscheidung schon vor Erlaß des Gesetzes vom 9. Dezember 1937 nur so erlassen werden, wie es durch das Reichsgericht tatsächlich geschah.

Nach dem Gesetz vom 9. Dezember 1937 ist nun das Verhältnis Gläubiger — Bürge für den vorliegenden Fall eindeutig dahin festgelegt, daß der Gläubiger sich nach Auflösung des betreffenden marxistischen Vereins an den Bürgen nicht mehr halten kann. Er ist darauf beschränkt, einen Antrag auf Gewährung einer Entschädigung zu stellen, wie sie ihm auf Grund des § 6 des genannten Gesetzes als Ausgleich für einen durch die Gesetze vom 26. Mai 1933 und 14. Juli 1933 erlittenen Vermögensnachteil aus den Mitteln des Landes, zu dessen Gunsten die Einziehung erfolgte, gewährt werden kann. Der Bürge selbst kann andererseits Leistungen, die er vor der Auflösung des Hauptschuldners auf Grund der Bürgschaftsverpflichtung an den Gläubiger gemacht hat, im Hinblick darauf, daß die Bürgschaft nunmehr erloschen ist, nicht zurückfordern. Auch sein Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner, den er durch die Leistung an den Gläubiger erlangt hat, gilt gemäß § 5 des Gesetzes vom 9. Dezember 1937 als erloschen. Da er hierdurch einen Vermögensnachteil erlitten hat, besitzt aber auch er die Möglichkeit gemäß § 6, 7 des genannten Gesetzes den Antrag auf Zubilligung einer Entschädigung zu stellen[13]).

---

12) Anders im Röm. Recht: Die capitis deminutio maxima, die den völligen Untergang der Rechtspersönlichkeit bewirkte, ließ die Hauptschuld und damit auch die Bürgschaft erlöschen; s. Siber, Röm. Privatr. § 40, 2 und § 104 II 1 b β.

13) Pfundtner-Neubert, Das neue Deutsche Reichsrecht, I b Nr. 39 Anm. 4 zu § 5.

IV. Die Frage nach dem Fortbestand der Bürgschaftsverpflichtung liegt in diesem Zusammenhang für einen weiteren, durch die neue Rechtsentwicklung geschaffenen, Fall des Untergangs einer juristischen Person nahe. Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften vom 5. Juli 1934 brachte besondere Bestimmungen über die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personalgeselschaft. In § 4 in Verbindung mit §§ 13 und 14 bestimmt das Gesetz, daß mit der Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister die Kapitalgesellschaft aufgelöst sei. Zu der Frage, wie sich der Untergang der Kapitalgesellschaft auf eine für ihre Schulden etwa übernommene Bürgschaft auswirke, sind ausdrückliche Äußerungen aus Rechtsprechung und Schrifttum bisher nicht bekannt geworden. Das Schrifttum[14]) beschränkt sich darauf, im Anschluß an § 4 des Gesetzes festzustellen, daß die Personalgesellschaft im Wege der Gesamtnachfolge das Vermögen der Kapitalgesellschaft übernehmen. Indessen ist die Antwort auf die Frage nach dem Weiterbestand der Bürgschaft durch den Gesetzeswortlaut hier wohl eindeutig festgelegt, insofern, als das Gesetz in § 4 ausdrücklich sagt, daß das Vermögen der Kapitalgesellschaft e i n s c h l i e ß l i c h d e r S c h u l d e n auf die Personalgesellschaft übergehe. Ist aber im Gesetz ausdrücklich festgestellt, daß die Schulden der juristischen Person trotz ihres Untergangs fortbestehen, so ist die Tatsache des Untergangs der juristischen Person für sich allein ohne Bedeutung für die Bürgschaftsverpflichtung. Diese besteht also auch nach der Umwandlung weiter.

§ 13.

Wegfallen des Schuldverhältnisses infolge Anfechtung, vertraglicher Aufhebung oder Rücktritts.

Ein Schuldverhältnis kann, ohne daß es abgewickelt wird, nachträglich dadurch beseitigt werden, daß das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft angefochten wird, daß das Schuldverhältnis durch Vertrag aufgehoben wird, oder daß eine Partei den Rücktritt er-

14) Siehe etwa Crisolli Groschuff-Kaemmel, Umwandlung von Kapitalgesellschaften II zu § 4.

klärt. Hinsichtlich der Stellung des Bürgen ist hier von vornherein zu sagen, daß er selbst nicht anfechten oder den Rücktritt erklären darf; es handelt sich hier nämlich um Verfügungen über das Forderungsrecht, zu denen der Bürge nicht berechtigt ist[1]). Im übrigen gestaltet sich seine Stellung in den vorgenannten Fällen folgendermaßen:

I. Wird die Hauptschuld wirksam angefochten, so gilt sie als von Anfang an nicht bestehend, weshalb auch die Bürgschaft als von Anfang an unwirksam anzusehen ist (§ 767 I, Satz 1)[2]). Der Bürge kann also das etwa schon Geleistete vom Gläubiger wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückfordern (§§ 812, 813). Erfüllen die Tatsachen, auf welche die Anfechtung sich gründet, zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung, so kann der Bürge gemäß § 768 I, S. 1 daneben auch noch die Einrede aus § 853 geltend machen. Erfolgt die Anfechtung wegen Irrtums durch den Hauptschuldner, und muß dieser gemäß § 122 dem Gläubiger den Vertrauensschaden ersetzen, so haftet der Bürge für die Erfüllung dieser Verpflichtung nicht, da sie selbständiger Natur ist[3]).

Bestritten ist, ob die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts durch den Hauptschuldner den Bürgen binde. Oertmann bestreitet dies[4]). Die Frage ist jedoch wohl zu bejahen[5]), weil der Bürge hierdurch nicht schlechter gestellt wird, als wenn der Hauptschuldner die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen läßt, was ihm ja freisteht.

Solange der Hauptschuldner das Recht hat, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten, kann der Bürge gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 770 I die Befriedigung des Gläubigers verweigern[6]).

1) Planck 1 und 5 zu § 770, 8 a zu § 765.
2) RGRK. 2 zu § 770 2; Planck 8 a zu § 765.
3) Planck 8 a zu § 765; Düringer-Hachenburg 17 zu § 349 HGB.
4) Oertmann 3 f. zu § 767.
5) RGRK. 2 zu § 770; v. Tuhr, Allgemeiner Teil II, 1 § 57 VI, 2. a. E.
6) Der dieser Bestimmung zugrunde liegende Rechtsgedanke rechtfertigt nach allgemeiner Meinung (s. z. B. RGRK. 4 zu § 770) seine entsprechende Anwendung auf den Fall, daß dem Hauptschuldner ein Wandelungs- oder Minderungsrecht zusteht. Siehe auch unten III, 2.

II. Den Parteien des Hauptschuldverhältnisses steht es jederzeit frei, durch Vereinbarung das Schuldverhältnis aufzuheben, wie wenn es nie begründet worden wäre. Sind im Hinblick auf das Schuldverhältnis schon Leistungen erfolgt, so können diese auf Grund der Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden. Die sich so ergebenden Rückgewährpflichten beruhen auf völlig selbständigem Rechtsgrund. Der Bürge haftet deshalb nicht für ihre Erfüllung[7]).

III. Das Recht, vom Vertrag zurückzutreten, kann von vornherein vertraglich vereinbart sein, es kann aber auch auf Gesetz beruhen. So gibt im Fall der verschuldeten Unmöglichkeit und des Schuldnerverzugs das Gesetz dem Gläubiger beim gegenseitigen Vertrag ein Rücktrittsrecht; dieselbe Rechtsfolge wird allgemein an die Fälle der sogenannten positiven Vertragsverletzung geknüpft (s. § 10 III der Arbeit). Außerdem hat die Rechtslehre den Grundsatz entwickelt, daß eine grundstürzende Änderung der für den Abschluß eines Vertrags bestimmend gewesenen Verhältnisse, also ein Wegfall der Geschäftsgrundlage, das Recht zum Rücktritt vom Vertrag gewähre[8]).

1. Der Rücktritt hebt das Schuldverhältnis auf, als ob es nie zustande gekommen wäre. Sind durch die Parteien in Erfüllung ihrer durch das Schuldverhältnis begründeten Verbindlichkeiten bereits Leistungen erfolgt, so entstehen demnach auch hier Rückgewährpflichten, die durch die in den § 346 ff. getroffene Regelung insofern strenger als die aus den §§ 812 ff. entspringenden Pflichten gestaltet sind, als sie eine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung nicht zulassen (mit Ausnahme des in § 327 S. 2 geregelten Falls). Durch den Rücktritt wird nun nicht etwa das Schuldverhältnis nur abgeändert[9]), vielmehr sind die entstehenden Rückgewährpflichten selb-

---

7) RGRK. 1 zu § 767; Planck 2 c zu § 767; Staudinger 2 zu § 767; RG. im Recht 1913, Nr. 44.

8) s. Lehmann, Allgemeiner Teil, § 35 A VII. Aus der Rechtsprechung siehe RGZ. 100, 130; 103, 4 und 329; 106, 8 ff.; 107, 151; 108, 130.

9) Wie das OLG. Kiel unrichtig annimmt, so LZ. 1916, 769 Nr. 7.

ständiger Natur, so daß der Bürge für ihre Erfüllung nicht einstehen muß[10]).

2. Das Bestehen eines Rücktrittsrechts schafft eine ähnliche Lage wie das Bestehen eines Anfechtungsrechts: In beiden Fällen müssen die Parteien darauf gefaßt sein, daß das Schuldverhältnis beseitigt wird. Demgemäß ist auch die Lage des Bürgen, tatsächlich betrachtet, in beiden Fällen im wesentlichen gleich. Da nun § 770 I für den Fall, daß dem Hauptschuldner ein Anfechtungsrecht zusteht, dem Bürgen eine aufschiebende Einrede gewährt, wenden viele[11]) diese Bestimmung analog auf den Fall des Bestehens eines Rücktrittsrechts an. Die analoge Anwendbarkeit dieser Bestimmung wird nur vereinzelt abgelehnt[12]). Der herrschenden Meinung ist beizupflichten. Der für Enneccerus-Lehmann bei seiner Ablehnung der analogen Anwendbarkeit des § 770 I maßgebende Gedanke, daß bei vertragsmäßigem Einräumen eines Rücktrittsrechts dennoch auf Erfüllung gerechnet zu werden pflege, scheint mir nämlich nicht erwiesen zu sein. Die Einrede ist ohne weitere zeitliche Begrenzung solange gegeben, als das Rücktrittsrecht besteht.

---

10) s. das in Anm. 7 aufgeführte Schrifttum, außerdem Planck 2 b zu § 767, RG. in Warn. Rspr. 1930, 304 ff., Nr. 151.

11) RGRK. 4 zu § 770; Planck 5 zu § 770; v. Gierke Anm. 66 zu § 206; Heck, Schuldrecht, § 127, 5; Siber, Schuldrecht, § 39, 3 a δ.

12) für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Enneccerus-Lehmann § 190 II 3.

Schrifttum.

Büsselberg, Wolfgang und Bischof, Franz, Landwirtschaftliche Schuldenregelung unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Gläubigers, o. J.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 8. Aufl. 1927.

Crisolli, Karl August, Groschuff, Hans u. Kaemmel, Ernst, Umwandlung und Löschung von Kapitalgesellschaften, 3. Aufl. 1937.

Crome, Karl, System des deutschen bürgerlichen Recht. 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Bessau, Hallamik, Lobe, Michaelis, Oegg, Sayn, Schliewen und Seyffarth, Reichsgerichtsräten und Senatspräsidenten am Reichsgericht. 8. Aufl. 1934.

Dernburg, Heinrich, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. 3. Aufl. 1906 (Jude).

Dölle, Hans, Lehrbuch des Reichserbhofrechts 1935.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 4. Bd. § 343—354, bereitet von Werner, 3. Aufl. 1932 (Hachenburg Jude).

Eccius, Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat. Gruchot 46, 55.

Eck, Ernst, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, fortgeführt von Leonhard, 1. u. 2. Aufl. 1903.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, bearbeitet von Lehmann, 12. Bearbeitung 1932.

Geib, Otto, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts, 1894.

Gierke, Otto von, Deutsches Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht, 1917.

Girtanner, Wilhelm, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrechte, 1850.

Harder, Die Einwirkung der durch den Krieg veranlaßten Privatrechtsnormen auf Rechte und Pflichten des Bürgen, JW. 1914, 846.

— Zahlungsfrist und Bürgschaft, JW. 1915, 206 u. 290.
Harmening, Rudolf und Pätzold, Erwin, Die landwirtschaftliche Schuldenregelung nach dem Gesetz zur Regelung der landwirtschaftlichen Schuldverhältnisse vom 1. 6. 33.
Heck, Philipp von, Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Hedemann, Justus Wilhelm Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1931.
Hennig, Franz, Das Reichserbhofrecht, 1935.
Hölder, Über Ansprüche und Einreden, Arch. ziv. Pr. 93 S. 1.
Jaeger, Ernst, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, 6. u. 7. Aufl. 2. Bd. 1936.
— Bürgschaft und Ausgleichserlaß, LZ. 1916 S. 526 u. 796.
Kisch, Wilhelm, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1900.
— Besprechung von Titzes: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Kritische Vierteljahrsschrift 44 S. 506.
Kohler, Josef, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Vermögensrecht, 1. Teil Schuldrecht, 1906.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, 1903.
Lehmann, Heinrich, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 1933.
Leonhard, Franz, Besonderes Schuldrecht des BGB., 1931, 2. Bd. von das Schuldrecht des BGB.
Lippmann, Das Bürgerliche Gesetzbuch über Einheits- und Mehrheitsschuld in Bürgschaft und Gesamtschuld, Arch. ziv. Pr. 111 S. 135.
Mantey, Zur Anwendung des § 770 Abs. 2 BGB. Gruchot 50, 542.
Matthiass, Bernhard Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. 1899.
Mentzel, Franz, Kommentar zur Reichskonkursordnung. 4. Aufl. 1932.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe Bd. 2, 1888.
Mügel, Oskar, Das gesamte Aufwertungsrecht, 5. Aufl. 1927.
Oertmann, Paul, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen. Bürgerliches Gesetzbuch 2. Buch, 5. Aufl. 1929.
Opitz, Walter, Die Abhängigkeit der Bürgenhaftung mit besonderer Berücksichtigung der Hypothekenverordnung vom 8. 6. 1916. Diss. 1918.
Ortweiler. Zahlungsfrist und Bürgschaft. JW. 1915 S. 61 u. 207.
Pfundtner-Neubert, Das neue deutsche Reichsrecht.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, bisher bearbeitet von Strohal, bearbeitet von Brodmann, Busch, Ebbecke, Flad, Greiff, Gunkel, Knoke, Landois, Lobe, Oegg, Siber, Strecker, Unzner, 2. Bd. 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl. 1928.

Pringsheim, Fritz, Das Recht des Bürgen zur Bestimmung und Wahl, Gruchot 53, 13.

Protokollle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles, Spahn und Gebhard, Bd. 2, 1898.

Reichel, Hans, Die Schuldmitübernahme (kumulative Schuldübernahme), Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, hsg. von Otto Fischer Bd.19, 1909.

— Kriegsrecht und Bürgschaft, Recht 1915 S. 433.

Reimer, Ernst, Stundung einer durch Bürgschaft gesicherten Schuld, JW. 1926 S. 1946.

Roth, Kurt, Das Rückgriffsrecht des Bürgen, Diss. 1903.

Schlüter, Hans, Der Einfluß des Erlöschens einer juristischen Person auf die für ihre Verbindlichkeiten übernommenen Bürgschaften, JW. 1935, S. 3282.

Schönig, Dietmar, Bürgschaft und Aufwartung, Diss. 1928.

Schollmeyer, Friedrich, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897.

Schulz, Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers, Gruchot 50 S. 269.

Schweitzer, Ernst, Die Bekanntmachung über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen, JW. 1915, S. 320.

Siber, Heinrich, Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Schuldrecht, 1931.

— Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung, II. Römisches Privatrecht.

— Der Rechtszwang im Schuldverhältnis nach deutschem Reichsrecht, 1903.

— Kompensation und Aufrechnung, 1899.

Staubs Kommentar zum HGB., 14. Aufl. 1933, 3. Bd. § 343—372 bearbeitet von Gadow (Staub Jude).

Staudingers Kommentar zum BGB. und dem Einführungsgesetz, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1922.

Stillschweig, Die der Hypothekenverordnung vom 8. Juni 1916 unterworfenen Rechtsverhältnisse, JW. 1916, 1067.

Stoll, Heinrich, Vertrag und Unrecht, 1936.

— Deutsches Bauernrecht, 1936.

— Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936.

— Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung, Arch. ziv. Pr. 136, 257 ff.

— Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit, Ztschr. Ak. f. D. R. 1936, 628 ff.

Titze, Heinrich, Besprechung von Kischs: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit usw., Kritische Vierteljahresschrift 45, 338.

Tuhr, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1910—1918.

Vogels, Werner, Kommentar zur Vergleichsordnung vom 26. 2. 1935.

— Kommentar zum Reichserbhofgesetz vom 29. 9. 1933, 4. Aufl. 1937.

Westerkamp, Wilhelm, Bürgschaft und Schuldbeitritt, Diss. 1907 (Rechts- und staatswissenschaftliche Studien) Heft 33.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

Archiv für zivilistische Praxis (Arch. ziv. Pr.).

Juristische Wochenschrift (JW.).

Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Kr. V. J. Schr.).

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ.).

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (ROLG.).

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.).

Das Recht (Recht).

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuff. A.).

Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiet des Zivilrechts (Warn. Rspr.).

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Gruchot).

Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, hsg. von Reichsminister Dr. Hans Frank (Ztschr. Ak. f. D. R.).

Bemerkung: Paragraphen ohne weiteren Zusatz sind Paragraphen des BGB.

Lebenslauf.

Ich, Alois Maisenhälder, bin am 18. Aug. 1910 als Sohn des Schreiners Josef Maisenhälder und seiner Ehefrau Ottilie, geb. Vogt, in Heilbronn a. N. geboren worden; ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. In Heilbronn besuchte ich von 1917 bis 1925 die Volksschule und dann von 1925 bis 1930 die 4.—6. und 8.—9. Klasse des Karlsgymnasiums; am 20. März 1930 erhielt ich dort das Reifezeugnis. Hernach studierte ich vom Sommersemester 1930 an Rechtswissenschaft und zwar zunächst 4 Semester an der Universität Tübingen, sodann 1 Semester an der Universität Berlin und dann weitere 3 Semester wieder an der Universität Tübingen; dort bestand ich im Spätjahr 1934 das Referendarexamen. Den Vorbereitungsdienst als Referendar leistete ich in Heilbronn und Neckarsulm ab. Am 10. März 1938 bestand ich dann das mündliche Doktorexamen und anschließend am 14. März 1938 das Assessorexamen. Seit 4. April 1938 bin ich als Assessor im Justizdienst verwendet.